

Universidade Católica Portuguesa

Centro Regional do Porto - Escola de Direito

Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios



Direito de Colocação à Disposição Online para Acesso
"On Demand"

Estudos Sobre o Atual Mercado Musical *Online*

Dissertação de Mestrado sob orientação de Professora Doutora Maria Victoria Rocha

José Manuel de Seixas Carvalho

Porto
2015

Direito de Colocação à Disposição Online Para Acesso
“On Demand”

Estudos Sobre o Atual Mercado Musical *Online*

DISSERTAÇÃO APRESENTADA NA ESCOLA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA- POLO DA FOZ, PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE
EM DIREITO, ELABORADA SOB A ORIENTAÇÃO DA PROFESSORA DOUTORA
MARIA VICTORIA FERREIRA DA ROCHA.

Siglas e Abreviaturas

Ac. –Acórdão

Al. –Alínea

Art.º - Artigo

CB- Convenção de Berna

CDADC- Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos

CR- Convenção de Roma

DCDP- Direito de Colocação à Disposição do Público

Diretiva Info Soc- Diretiva da Sociedade de Informação

DMCA- Digital Millennium Copyright Act

DRM- Digital Rights Management

EGC - Entidades de Gestão Coletiva

EM- Estados Membros

EUA- Estados Unidos da América

EPSI- Empresas Prestadoras de Serviços na Internet

ISP- Empresas Provedoras de Serviços de Internet

MDU - Mercado Digital Único

Nº - Número

OMPI- Organização Mundial da Propriedade Intelectual

P.- Página

Pp.- Parágrafos

Séc. – Século

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia

TODA- Tratado OMPI Sobre o Direito de Autor

TOIEF- Tratado OMPI sobre Prestações e Fonogramas

UE - União Europeia

Índice

1-INTRODUÇÃO.....	9
2-O DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO DO PÚBLICO NO DIREITO INTERNACIONAL	11
2.1- A EVOLUÇÃO DO CONCEITO SEGUNDO OS TRATADOS.....	13
2.2- O PAPEL DA UE E A DIRETIVA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	19
3-OS SUJEITOS DO NOVO MERCADO FONOGRÁFICO	22
3.1- O NOVO MERCADO FONOGRÁFICO ONLINE	26
3.2- O DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO E O MERCADO DIGITAL ÚNICO.....	29
4- O DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO NO CDADC	33
4.1- O DCDP DOS AUTORES.....	34
4.2- O DCDP DOS ARTISTAS, INTÉRPRETES E EXECUTANTES E A GESTÃO COLETIVA EM PORTUGAL.....	35
5- CONCLUSÃO: UM PASSADO RECENTE E UM FUTURO PRÓXIMO	38
6- BIBLIOGRAFIA	40

*"Não é o mais forte que sobrevive,
nem o mais inteligente, mas o que
melhor se adapta às mudanças."*

*À minha orientadora Prof. Dr.^a Maria Victoria Rocha, por toda a disponibilidade e sabedoria.
Aos meus pais, por todo o apoio e força ao longo destes anos.
À Joana, pela paciência infinita.
Aos meus amigos e aos meus colegas juristas,
eles sabem bem quem são.*

1-Introdução

“A capacidade criativa embora não sendo limitada, não é porém infinita”¹, facto que desde cedo, dividiu opiniões sobre a possibilidade de permitir a cópia de criações artísticas.²

No entanto, quando falamos em Direito de Autor justificamos a sua existência pela tutela da criação e não pela repressão da imitação, compensando-se o autor pelo contributo criativo trazido à sociedade.³ Não será, porventura, novo, dizer que o Direito de Autor e os Direitos Conexos nasceram e foram-se transformando com as inovações tecnológicas ou culturais.

A relação simbiótica entre o que deve ser protegido e a evolução tecnológica que permite a reprodução é secular, embora se tenha evidenciado com a criação da prensa móvel de Gutenberg⁴, ao trazer a cópia para a ribalta dos fenómenos de massas.

Os interesses dos autores, inicialmente os únicos considerados, começam a partilhar tutela com novos artistas e novas entidades responsáveis pelas invenções dos meios de fixação, que viriam a originar empresas multinacionais, dominadoras hoje de relevantes sectores de atividade económica.⁵

A revolução tecnológica de tendência expansionista motivou uma tendência evolucionista de adaptação das normas do Direito de Autor em busca de adequação aos tempos modernos⁶, tendo o Século (Séc.) XXI marcado o início da era tecnológica denominada por muitos como a idade da informação.⁷ A internet vai surgir como um melhorado veículo comunicacional, capaz de promover uma acelerada disseminação da informação e conteúdos alimentada, sobretudo, pela insaciável busca de conhecimento e pela procura de informação, podendo, com alguma legitimidade, afirmar-se hoje que “(...) enquanto agente aglomerador de informação, é a mais intensa experiência comunicacional que a sociedade humana já viveu.”⁸

¹Idem: ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil, Direito De Autor E Direitos Conexos*, 1ª ed.: Coimbra Editora, 2012. P. 11 e Ss.

² Pense-se nos falsificadores como Van Mageeran, *Idem*: SUNDARA RAJAN, Mira T, "Moral Rights and Forgery: Can Europe Show the Way?," *ORIGINAL UND FALSCHUNG, SCHRIFTENREIHE DES LUDWIG BOLTZMANN INSTITUTES FUR EUROPARECHT* 152007.

³Idem: ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 12 e Ss.

⁴ A qual está ainda hoje na génese do direito de reprodução, *Copyright*, *Idem*: MEZEI, Peter, "The Role of Technology and Consumers' Needs in the Evolution of Copyright Law—from Gutenberg to the Filesharers," *Geistiges Eigentum und Urheberrecht aus der historischen Perspektive, Lectiones Iuridicae* 102013.

⁵Idem: ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P.: 15 e Ss.

⁶ Nas palavras de Sofia Casimiro, uma “verdadeira evolução Darwiniana”. In: VICENTE, Dário Moura... [et al.] Coord., *Estudos De Direito Intelectual Em Homenagem Ao Prof. Doutor José De Oliveira Ascensão : 50 Anos De Vida Universitária*: Almedina, 2015. P 593 e ss.

⁷ “(...) a história do Direito de Autor prova (...) que os avanços tecnológicos estão na base das alterações legais destes regimes. Vide: TAMURA, Yoshiyuki, "Rethinking Copyright Institution for the Digital Age," *WIPO Journal: Analysis and Debate of Intellectual Property Issues* 12009. P. 66-68.

⁸ Idem: CARDOSO, Gustavo; MENDONÇA, Sandro et al "A Internet Em Portugal – Sociedade Em Rede ", (2014). In: <http://goo.gl/XKDBrV> (acedido em 14/05/2015)

As indústrias criativas forçaram ao Direito de Autor o alargamento dos quadros jurídicos para abarcar novos e diversos sujeitos,⁹ sendo hoje diversas e complexas as questões colocadas pelos direitos consagrados.

Aos indivíduos, autores, artistas intérpretes e executantes são dadas novas possibilidades na sociedade de informação de consumir ou criar quantidades massivas de conteúdos, estando estes acessíveis *online*, quando e onde desejem, fruto da desmaterialização das obras e dos meios de comunicação das mesmas, que abandonam hoje salas de cinema, discotecas e até já o próprio domicílio dos utilizadores.

Hoje, aceder à *Internet* através de um *Smartphone* para enviar um *email* com uma *hiperligação* para uma música disponível em *streaming*, “*on demand*”, no *youtube* é prova da existência, nas sociedades atuais da aclamada *Web 2.0*, e dos aspetos mecânicos que compõe a sua utilização, num mercado cujo dinamismo se gera da exploração económica da propriedade intelectual pautada pela procura do público de conteúdos disponíveis na rede.

A propriedade intelectual modificou o motor da sua evolução, trocando o desenvolvimento e a valorização do património cultural da humanidade, para ser comandada pela oferta de conteúdos e pela procura dos mesmos pelo público. Hoje, para a maioria das pessoas, seria impensável não interagir com a informação em rede de modo tão imediato como o permitido pelos *Smartphones*, o que faz com que seja essencial para os autores, artistas intérpretes e executantes ter também nas suas mãos a capacidade de disponibilizar as suas obras ou prestações *online*, *on demand*.

Feito o introito, as aspirações deste trabalho prendem-se com a compreensão da evolução dos Direitos de Autor e dos Direitos Conexos na era digital, procurando-se efetuar uma análise de um direito novo, forjado da tecnologia digital, o direito de colocação à disposição do Público (DCDP) *online*, *on demand*.

Indispensável é, por isso, fazer uma breve análise histórica da evolução do conceito e do seu surgimento normativo a nível internacional e europeu, a fim de facilitar a compreensão da sua natureza e dos seus contornos. Torna-se igualmente relevante determinar quem são os principais atores que compõe hoje o mercado fonográfico, ao qual nos tentaremos cingir na abordagem, para melhor compreender como se processam as suas atuações e relações jurídicas em torno das inovações trazidas pelo DCDP.

Posteriormente, far-se-á uma análise das disposições do regime português sobre o DCDP do autor e dos artistas intérpretes e executantes, bem como da sua localização sistemática no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC), que culminará com uma análise crítica dos problemas suscitados no presente e no futuro que o DCDP nos reserva, à medida que caminhamos para um mercado digital único europeu (MDUE).

⁹*Idem*: VICENTE, 2015, *Ob. cit.* P. 582 a 593.

2-O Direito de Colocação à Disposição do Público no Direito Internacional

Seguindo as linhas já traçadas anteriormente, cremos que poderá afirmar-se que o denominado DCDP em rede, por fio ou sem fio, para visualização a qualquer momento e em qualquer lugar é, sem dúvida, um direito dos tempos modernos.

Contudo, é possível pensar em formas primitivas do DCDP que possam ter surgido previamente à onda tecnológica do Séc. XXI, sobretudo se pensarmos na pré-existência de uma característica tão fundamental para qualquer obra ou criação artística como a da sua exteriorização.¹⁰

Desde a origem do Direito de Autor até à era da digitalização que hoje atravessamos,¹¹ um dos privilégios¹² mais importantes para um autor ou artista advém da capacidade de tornar disponível uma obra para a apreensão pelos sentidos de um público, pelo que é a divulgação da obra que a torna conhecida¹³ e o artista socialmente relevante.¹⁴

Um primeiro salto tecnológico, que teve origem em meados do Séc. XIX nos Estados Unidos da América (EUA), trouxe-nos os meios telemáticos de comunicação que reduziram significativamente a necessidade das pessoas se deslocarem para comunicar ou para contemplar uma obra ou peça artística.

Com estes apareceriam o cinema, a rádio¹⁵ e a televisão que, pela adesão massiva do público, impulsionariam modificações ao direito de autor. A criação de máquinas de reprodução foram permitindo a um maior número de obras uma maior divulgação¹⁶ e ao público a opção de as contemplarem em locais públicos, passando posteriormente a poder fazê-lo mesmo no conforto dos seus lares¹⁷, com uma maior atualidade temporal.¹⁸

¹⁰ Sobre a originalidade e outros requisitos essenciais da obra, *Vide*: ROCHA, Maria Victória, "Contributos Para Delimitação Da "Originalidade" Como Requisito De Protecção Da Obra Pelo Direito De Autor," 2008. Disponível em: <http://apdi.pt/pdf/Contributos.pdf>; Sobre a divulgação e vários aspetos da mesma, ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* 158 a 166.

¹¹ "Digitalização significa, em termos simples, que os computadores usam dados e programas consistindo em séries de zeros e uns. Em resultado desta tecnologia, quase tudo pode ser armazenado de forma digital: imagens, textos, sons, música,...". In: ROCHA, Maria Victória, "Multimédia E Direito De Autor: Alguns Problemas," *Actas de Derecho Industrial Y Derecho de Autor* 1996. Pp. 2.

¹² Conceito que a doutrina párea tem como pacífico, *Idem*: LEITÃO, Luis de Menezes, *Direito De Autor*: Almedina, 2012. P: 103 e Ss.; ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 105 e ss.; PEREIRA, Alexandre Libório Dias, *Direitos De Autor E Liberdade De Informação*: Almedina, 2008. P. 435 e ss.; AKESTER, Patrícia, *Direito De Autor Em Portugal, Nos Palop, Na União Europeia E Nos Tratados Internacionais*: Almedina, 2013. P. 13 e ss.

¹³ A conhecida máxima "Publish or perish", hoje um problema. *Vide*: <http://goo.gl/mFs7>

¹⁴ Um indivíduo que expusesse na corte régia uma sua pintura, passaria a ser reconhecido como artista ascendendo eventualmente a títulos nobiliárquicos superiores. *Vide*: WARNKE, Martin and CESCATO, Maria C, *Artista Da Corte: Os Antecedentes Dos Artistas Modernos*: Edusp, 2001. P. 23 e Ss. Disponível em: <https://goo.gl/HkIsEH>

¹⁵ Sobre a evolução da rádio em Portugal e no mundo, *Vide*: In: SILVA, Jorge Guimarães "A Rádio Em Datas No Mundo," <http://telefoniao.no.sapo.pt/datesworld.htm>.

¹⁶ Nas palavras de Ramón Casas Valles, "(...) lá onde pudesse chegar o livro ou a gravação chegaria a obra." In: CANO, Rodrigo Bercovitz Rodríguez et al., *La Obra Audiovisual En La Reforma De La Ley De Propiedad Intelectual*: Thomson Aranzadi, 2008. P. 59 e ss.

¹⁷ Aumentando também os incidentes relacionados com cópias não autorizadas. *Vide*: VICENTE, 2015, *Ob. cit.* P. 582.

¹⁸ Ramón Casas Valles, in: CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P. 60-61.

Apesar da desmaterialização dos tempos modernos, o *corpus* físico manteve-se imprescindível para uma parte das obras, embora essas não sejam hoje as obras mais transacionadas do mundo artístico.¹⁹

A facilidade com que passou a fazer-se o acesso à informação digital no início dos anos 90, desde a criação do *Mosaic* 1.0 e, mais ainda, com o posterior protocolo HTTP, promoveu uma transição dos tradicionais mercados foto, vídeo e fonográficos para o ambiente digital.²⁰

A par disso a massificação do uso do computador²¹, com o desenvolvimento dos protocolos que a comunidade científica utilizava entre si para comunicar e transmitir os mais variados conteúdos,²² democratizaram o acesso diversificado a conteúdos artísticos e interativos.

Com a possibilidade de conectar os computadores pessoais em rede, a comunicação inicialmente feita intranet²³ daria origem ao espaço virtual hoje conhecido como internet.²⁴ É nesta fase que o público passa a constituir auditório permanente *online*.

Isto viria a confirmar a onnipresença em rede do público, conferindo aos autores, artistas intérpretes, executantes e produtores de fonogramas uma nova forma interativa de divulgar as suas obras, de forma rápida e eficaz, dando ao público o acesso a uma obra ou prestação artística, a todo o tempo e à distancia de um clique.

Hoje é utilizador ativo quem produza ou providencie acesso a conteúdos protegidos (ou não) por Direitos de Autor ou Direitos Conexos e utilizador passivo quem, à semelhança do que se fazia anteriormente, aprecie ou contemple os conteúdos dispostos *online*.

É com as transmissões *online* que autores, artistas intérpretes, executantes, produtores e organismos de radiodifusão multiplicam o alcance das suas obras e prestações. Consequentemente, a necessidade do público obter um rápido acesso aos foto, vídeo e fonogramas mais recentes, que se fazia também através de cópias obtidas ilicitamente²⁵ durante os anos 70 e 80, seria massificada, dada a forma como *online* se passou a aceder e transacionar, foto, vídeo e fonogramas.

¹⁹ Os formatos de ficheiro que permitem a compressão de dados para a reprodução de exemplares no âmbito digital, como o .MP3, o .JPEG ou o .WMV, são indicadores da existência de um formato em que a obra pode ser fixada, embora ele não seja físico. Sobre a obra multimédia, Vide: ROCHA, 1996, Ob.cit.

²⁰ Conhecida como a era da “galáxia Marconi”, Vide: VV., (Associação Portuguesa de Direito Intelectual) AA., *Direito Da Sociedade Da Informação E Direito De Autor*, vol. X: Coimbra Editora, 2012. P. 182 e ss.

²¹ *Atanasoff-Berry* computer (ABC) era em 1937 o nome do novo dispositivo mecânico onde era possível realizar vários tipos de operações informáticas que viriam a originar a criação de sistemas operativos de acesso simplificado às suas funções, conhecidas hoje por Software. Vide: VICENTE, 2015, Ob. cit. P. 587.

²² De forma clara sobre a evolução desde a “Galáxia Marconi” até à queda do acordo TRIPS, Vide: Pedro Cordeiro, VV., 2012, Ob. cit., X. P. 182 a 184.

²³ *Transmission Control Protocol/ Internet Protocol* (TCP/IP)

²⁴ Para uma breve, contínua, história da internet, Vide: ZITTRAIN, Jonathan L, "The Generative Internet," *Harvard Law Review* 2006. Disponível em SSRN: (<http://goo.gl/Ktf0MA>). VICENTE, 2015, Ob. cit. P. 590-592.

²⁵ As conhecidas cassetes piratas que as rádios utilizavam para ultrapassar as fronteiras e divulgar primeiro no seu território o novo êxito, forçaram o esforço de compatibilização conhecido das análises da CR. Vide: AKESTER, 2013, Ob. cit., P. 399 a 404.

As cópias digitais integraram de tal forma o quotidiano dos utilizadores que, durante alguns anos, a maioria desconhecia sequer o facto de estar a praticar algum tipo de ilicitude, sendo a partilha tão natural quanto o próprio funcionamento e utilização feito da *web*.

Foi esta mudança de paradigma que levou os Estados a ponderar a procura de soluções novas e adequadas para garantir os direitos dos autores e dos artistas na idade da informação, pelo que, nas palavras de A. Bogsch, se tornou “*necessário reexaminar algumas das soluções existentes*”,²⁶ até porque o Direito de Autor não podia deixar de se manter relevante, numa era em que as obras e as invenções se tornariam um dos polos gravitacionais das economias modernas.

2.1- A EVOLUÇÃO DO CONCEITO SEGUNDO OS TRATADOS

Os primeiros tratados internacionais em matéria de Propriedade Intelectual surgiram poucos anos após a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)²⁷, cujas origens datam da realização da Convenção de Paris, tendo sido pela mão do dramaturgo francês Victor Hugo que surgiu o ciclo de conferências em Berna na Suíça, de onde viria a criar-se um primeiro tratado multilateral de Direitos de Autor.²⁸

Considerada por alguns autores como o mais importante tratado de direito internacional nesta matéria, a Convenção de Berna (CB) foi inovadora na maneira como assentou alguns pilares fundamentais para o reconhecimento do Direito de Autor nos vários ordenamentos jurídicos.²⁹

As principais novidades trazidas pela CB foram, sobretudo, princípios universais³⁰, mas é no artigo (art.º) 9º nº 1 que se fala de uma forma primária de DCDP. Embora a maioria da doutrina não considere a letra da norma extensiva o suficiente, a disposição é deixada em aberto para obras pertencentes a outras categorias, não esquecendo, no entanto, a negociação de uma remuneração devida, ainda que de maneira distinta, para as várias utilizações possíveis na altura.³¹

²⁶ Cfr. A. Bogsch, “*The First Hundred Years of the Berne Convention For the Protection of Literary and Artistic Works*”, Copyright, 22, 1986 P 327, *Ibidem*: AKESTER, Patrícia, P. 413, rodapé 1104.

²⁷ Vide: <http://goo.gl/2OhFGy>

²⁸ Convenção da qual os Estados Unidos viriam a ficar de fora, devido à incompatibilidade do seu sistema de registo das obras, obrigatório em Washington, *Idem*: MAY, Christopher, “The Pre-History and Establishment of the Wipo,” *The WIPO Journal* 1, no. 1, 2009. P. 17 e Ss.; GINSBURG, Jane C, “Berne without Borders: Geographic Indiscretion and Digital Communications (Stephen Stewart Memorial Lecture, Intellectual Property Institute London Uk, Oct. 29, 2001),” *Columbia Law School, Pub Law Research Paper*, no. 01-30, 2001. P. 3 ss. ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 36.;

²⁹ *Idem*: AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 50 e ss.

³⁰ Sobre os problemas de interpretação com a lei nacional e o contributo do Prof. Baptista Machado, *Idem*: ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 36 e Ss.

³¹ *Idem*: MASOUYÉ, Claude, “Guia Da Convenção De Berna Relativa À Protecção Das Obras Literárias E Artísticas,” (Tradução de Antônio Maria Pereira. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), 1980). P. 61 e ss.

Enquanto se assessoravam e reconheciam os direitos dos autores, os artistas intérpretes, os executantes e os produtores, cujo estatuto advinha das obras intelectuais em que participavam, levaram a uma crescente necessidade de clarificar e assegurar também os aspetos relacionados com os seus direitos.³² Surge assim a Convenção de Roma (CR), em 1961, que reconhece a existência de certos direitos de exclusivo sobre a obra dos artistas intérpretes, executantes e produtores, bem como a uma remuneração que se lhes considerava ser devida.³³

Reconhecia-se a existência destes Direitos Conexos que, partilhando a sua aplicabilidade com os Direitos de Autor na maior parte dos casos, continuavam a ser autónomos, embora subsidiários da proteção e reconhecimento legal dos autores.³⁴

As referidas evoluções do Séc. XX, começam a ultrapassar o alcance normativo das CB e CR, pelo que, em 1991, reúne-se, pela primeira vez, uma comissão de peritos da OMPI, visando criar um protocolo adicional à CB.

Da ordem de trabalhos não constavam, no entanto, para discussão as novas questões sobre a transmissão de ficheiros *online*, pelo que na reunião do segundo comité, em 1992, concluiu-se que era fundamental dar resposta aos aspetos das transmissões digitais que, como se reparou pertinentemente, o acordo ADPIC³⁵ não havia solucionado eficazmente.

Vários foram os modelos equacionados para tratar as transmissões digitais, bem como para saber se os direitos patrimoniais, consagrados na CB e na CR, eram já aplicáveis à transmissão em rede. À primeira vista não parecia simples vislumbrar-se, conforme foi legado pela CB, se estes novos atos de transmissão em rede seriam enquadráveis no direito de distribuição, de reprodução ou de comunicação.

Uma das soluções equacionadas previa a inclusão dos atos no direito de reprodução autorizável a montante pelo titular para impedir a gravação no computador, enquanto outra previa o controlo da descarga a jusante pelo utilizador.

Outra hipótese considerada seria a de inseri-los num direito geral de transmissão por cabo, centrando-se a solução no ato de transmissão, falando-se ainda talvez de um ato geral de comunicação.

A proposta dos EUA e da UE foi no sentido da inclusão destes atos no direito de distribuição de exemplares, alargando a definição para abranger transmissões imateriais.³⁶

³² Sobre a antiga relação que os artistas intérpretes, executantes e produtores tem com as obras, *Vide*: MCDONAGH, Luke, "Rearranging the Roles of the Performer and the Composer in the Music Industry—the Potential Significance of Fisher V. Brooker," *Intellectual Property Quarterly* 12012. P. 11 a 16.

³³ Sobre as origens da CR, *Idem*: BENTLY, Lionel and SHERMAN, Brad, *Intellectual Property Law*: Oxford University Press, 2014., Pag. 41, GINSBURG, 2001, *Ob.cit.*, entre nós, LEITÃO, 2012, *Ob. cit.* Pag. 53, AKESTER, 2013, *Ob. cit.*, P. 399 e Ss.

³⁴ No mesmo sentido, *Vide*: 2013, *Ob. cit.* P. 169 e ss.

³⁵ Conhecido como acordo TRIPS, *Vide*: <https://goo.gl/8BkosP>

³⁶ O conceito de transmissão já incluía o *Making available* (tornar disponível), havendo apenas que afinar o conceito quanto ao meio de transmissão imaterial. VV., 2012, *Ob. cit.*, X. P. 184.

As dúvidas mantinham o debate aceso, visto que a cada dia era possível vislumbrar outros modos técnicos, além dos conhecidos à altura, nos quais poderia vir a tornar-se possível realizar estas transmissões, pelo que a solução que viria a ser adoptada pelos tratados seria uma proposta de abordagem ampla e neutra, cuja autoria é reconhecida a *Mihaly Ficsor*³⁷.

Entre limitar a regulamentação e interpretação do direito internacional a simples modificações, ou introduzir um novo direito *on demand*/ de distribuição, seria possível adoptar uma alternativa com maior aceitação geral, fixando-se uma solução guarda-chuva³⁸. Esta consistia em criar uma provisão sobre a qual haveria uma obrigação de garantir um ou mais direitos de exclusivo para autorizar a utilização das obras ou trabalhos protegidos, não sujeita a esgotamento, permitindo uma definição de transmissão *on demand*/ distribuição juridicamente neutra.

Esta solução conferiu a plasticidade necessária aos tratados OMPI da internet que permitiu aos vários Estados adotarem a solução mais adequada aos problemas surgidos na sua ordem legal,³⁹ passando a ser possível integrar, estender ou até criar um direito novo para as transmissões em rede, ficando regulamentados os novos direitos patrimoniais para autores e titulares de Direitos Conexos.⁴⁰

Assim surgiram, em 1996, os Tratados OMPI⁴¹ sobre Direito de Autor (TODA) e o Tratado OMPI sobre as Prestações, Interpretações e Fonogramas (TOIEF) que entraram em vigor em 2002 e transporiam os quadros de proteção anteriormente acordados nas CB e na CR para a era do ciberespaço.⁴²

O resultado do consenso dos membros da OMPI relativamente ao novo DCDP foi então vertido nas definições dadas pelos art.º 8 do TODA⁴³ e 10º e 14º do TOIEF⁴⁴.

Quanto ao TODA as obrigações dele resultantes para as partes contratantes visavam, mediante a observação do disposto nos art.º 1 a 20 da CB, reforçar alguns aspectos como o reconhecimento de um

³⁷ *Idem*: FICSOR, Mihály, *Law of Copyright and the Internet: The Wipo Treaties and Their Implementation*: Oxford University Press, 2001. P. 208 e ss.

³⁸ Conhecida como *Umbrella Solution*.

³⁹ Isto deveu-se sobretudo à existência anterior da CB, instrumento de grande aplicabilidade pelo que, os países membros da UE desejavam que se mantivesse em vigor, dado a sua influência nas leis de Direito de Autor continental até então. *Vide*: ROCHA, Maria Victória, "O Direito De Colocação À Disposição Dos Artistas Intérpretes Ou Executantes No Código De Direito De Autor E Direitos Conexos(Cdad): Questões Suscitadas Pelo Nº 4 Do Artº 178º," *Revista eletrónica de Direito, Cije.*, no. 2, 2015. P. 6.

⁴⁰ Sobre as soluções norte americanas a implementação do teste dos três passos e a evolução técnica antecedente às DRM, *Vide*: M. Ficsor *In*: GERVAIS, Daniel J, *Collective Management of Copyright and Related Rights*: Kluwer Law International, 2010. P. 69 a 83.

⁴¹ AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 413 e ss.

⁴² Entre 1985 e 1999, o Prof. Mihály Ficsor delegado diretor geral da OMPI dos assuntos relacionados com o Direito de Autor e os Direitos Conexos foi considerado um interveniente de grande relevo na preparação, negociação e adopção dos chamados "tratados da internet", (TODA e TOIEF), *Vide*: FICSOR, 2001, *Ob. cit.*

⁴³ No caso do texto adoptado no TODA o art.º 8 submeteu o direito de colocação à disposição ao conceito de comunicação pública, quebrando-se assim algumas varas na solução guarda-chuva de FICSOR. *Ibidem*: P. 496 e ss.

⁴⁴ Observando os art.º 8º, 10º, e 15º, do TOIEF vemos o reconhecimento da existência de um direito de exclusivo dos artistas intérpretes, bem como dos produtores, que dá inequivocamente o direito a uma remuneração irrenunciável, sempre e quando o direito lhes tenha sido cedido, e a lei o preveja, *ibidem*: P. 249 e ss.

núcleo mínimo de direitos dos autores ou a concessão de alguns novos direitos de exclusivo de que é exemplo o DCDP. Este foi inserido no art.º 8 no contexto de comunicação pública⁴⁵, sem prejuízo de cada estado poder adoptá-lo sobre outra forma, desde que o mantenha exclusivo, não sujeito a esgotamento.⁴⁶

O acolhimento do DCDP como uma forma de direito de comunicação pública no TODA⁴⁷ deixou o “guarda-chuva meio aberto”, frustrando-se a tese de *Ficsor*. Contudo, dada a neutralidade da definição adoptada, há autores que defendem que os títulos dos artigos seriam meramente indicativos,⁴⁸ podendo o “guarda-chuva abrigar” mais ou menos conceitos, conforme a inclusão que cada Estado atribuisse ao DCDP.

O TOIEF, por sua vez, veio renovar aspetos acordados na CR, pelo que daqui sairiam também algumas das mais importantes disposições sobre o DCDP de fonogramas em ambiente digital. É um tratado de aplicação bem definida de onde resultou, de forma clara, dos art.º 10 e 15, quem seriam os artistas intérpretes ou executantes, bem como os produtores de fonogramas⁴⁹ para aquele efeito, consagrando o DCDP dos primeiros como um direito exclusivo, passível de ser sujeito a remuneração irrenunciável, quando cedido à exploração.⁵⁰

Foi com estes tratados que se alargaram também, entre outros direitos, o escopo do direito de locação e o de comunicação ao público.⁵¹

Destes dois direitos, o DCDP, embora menos claro e carente de posteriores exercícios interpretativos por força da evolução tecnológica, viria a assumir um papel de grande relevo, sendo que a partilha de obras *online* na internet e a criação de novas formas de transmissão em rede, viriam a concretizar o que se tinha teorizado como um novo conceito dos tratados da internet.⁵²

Este DCDP consiste portanto, no ato conferido ao titular de uma obra ou prestação de a colocar à disposição do público num local e num momento em que os membros deste individualmente escolhem

⁴⁵ Podendo ler-se no livro verde de 1996 da UE sobre o Direito de Autor e os Direitos Conexos na sociedade da informação, uma proposta similar à adotada nos tratados OMPI, procurando criar um direito geral de comunicação que preenchesse as lacunas da CB incluindo o DCDP. *Ibidem*: P. 239, 240 e 497; CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P.78; ROCHA, 2015, *Ob.cit.* P. 6.

⁴⁶ Para mais desenvolvimentos, *Vide*: FICSOR, 2001, *Ob. cit.* 486 a 487, AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 413 e ss.

⁴⁷ Como é visível da já referida posição tomada pelos Estados Unidos nesta matéria com a abstenção dos outros Estados. *Vide*: FICSOR, 2001, *Ob. cit.* P. 183 e ss, e 629.

⁴⁸ Numa interpretação enunciativa, *Vide*: DE BEER, Jeremy and BURRI, Mira, "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available Via Hyperlinks in the European Union and Canada," *European intellectual property review*, no. 2, 2014. P. 7 e ss.

⁴⁹ *Vide*: Art.º 2 e ss do TOIEF.

⁵⁰ *Vide*: FICSOR, 2001, *Ob. cit.* P. 638 e ss. e art.º 8 e 12 do TOIEF, CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P 80 a 82.; ROCHA, 2015, *Ob.cit.* P. 7.

⁵¹ Deixando aberta a porta à colocação à disposição do público para ser englobada noutra forma de comunicação, como fixado na solução de *Ficsor*, *Vide*: Art.º8, 10, e 12, TOIEF.

⁵² Sobre as faculdades do DCDP, resumidamente, *Vide*: LEWINSKI, Silke von, RICKESTON, Sam, GINSBURG, Jane, *International Copyright and Neighbouring Rights-the Berne Convention and Beyond* New york: Oxford University Press, 2008. P. 455 a 459.

aceder-lhe. Este exercício ocorre *online* num site ou servidor, ao qual os membros do público tenham a oportunidade de aceder, a todo o momento e em qualquer lugar. Foi esta a prática que guiou a *ratio legis*, ao reconhecer a internet como o novo lugar onde cada um dos potenciais membros de um público está em qualquer lugar e a qualquer hora.⁵³

O conceito de público foi também, aqui, sujeito a uma nova mudança espacial e temporal, pois ao colocar um ficheiro disponível num sítio da internet, dispensa-se a simultaneidade quanto ao momento em que este disponibilizado e acedido *online*. O que significa que, diferentemente dos restantes direitos patrimoniais,⁵⁴ que até então caracterizavam as formas de exploração, é ao público que compete decidir quem, quando, onde e como acede à obra ou prestação.⁵⁵

O desenvolvimento tecnológico promoveu uma aproximação do DCDP a outros meios de comunicação pública, como por exemplo o direito de radiodifusão⁵⁶, no entanto a sua estrutura global única, permite-nos distinguir claramente o DCDP dos demais direitos, tendo sido vários os autores que destacaram os elementos únicos que caracterizam os atos implicados no exercício do DCDP⁵⁷.

Embora segundo alguns autores já se pudesse considerar que o DCDP *online, on demand*, estava abarcado pelas disposições da CB, por recurso à interpretação extensiva⁵⁸, tendo em conta o que até agora foi dito, estamos em condições de reforçar a afirmação de que o DCDP é um direito da era digital.

No entanto, a solução do “*Open Umbrella*”, visou permitir aos dois principais agentes de peso na altura, EUA e UE, manter diferentes caminhos na implementação do DCDP compatível com os tratados.

O conceito de *Making available*, adotado pelos EUA, já tinha sido visto como uma modalidade que derivava dos clássicos direitos de distribuição, e se sujeito a esgotamento, do direito de reprodução no mercado analógico.

Este conceito havia já sido homologado pela Jurisprudência dos EUA em diversas ocasiões⁵⁹ como, por exemplo, em 1994 no caso *Playboy*⁶⁰, onde o tribunal considerou que a visualização de

⁵³ Vide: CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P.62.

⁵⁴ *Idem*: VV., 2012, *Ob. cit.*, X. P. 192, 197 a 199.

⁵⁵ A isto se chama acesso *on demand*, CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P. 63 e 64.

⁵⁶ As rádios online cuja emissão realizada via FM seja feita também em *streaming*, tem em comum com o DCDP o facto de ambas potenciarem o acesso a conteúdos protegidos, pela via imaterial. Vide: VV., 2012, *Ob. cit.*, X. P. 195 e ss.

⁵⁷ Ramón Casas Valles numa descrição detalhada de todos os elementos que caracterizam o DCDP interativo, Vide: CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P. 84 a 102.

⁵⁸ Contra esta ideia defendendo o *Making Available Right* algo novo e diferente, Vide: GINSBURG, Jane C, "The (New?) Right of Making Available to the Public," *INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW MILLENNIUM, ESSAYS IN HONOUR OF WILLIAM R. CORNISH*, David Vaver, Lionel Bently, eds 2004. P. 2 e ss.; CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P. 67 e ss.

⁵⁹ Vide: Sony Corp. v. Universal Studios, 464 U.S. 417 (1984); A&M Records v. Napster, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); MGM v. Grokster, 545 U.S. 913 (2005).

⁶⁰ Sobre o desenrolar dos acontecimentos, Vide: VV., 2012, *Ob. cit.*, X. P. 192 a 197; Sobre os entorses às diretivas no caso Inglês pelo diferente modo de considerar os atos relacionados como categorias individuais, Vide: CORNISH, William, LLEWELYN, Gordon Ionwy David, and APLIN, Tanya, "Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks & Allied Rights," 2013. P. 518 e ss.

fotografias, colocadas à disposição num *BBS*, violava o direito de exibição pública, já que permitia o acesso a um público alargado.

No entanto, o entendimento de que o direito de distribuição clássico poderia perfeitamente abranger o DCDP consagrado nos tratados OMPI da internet surge com o caso *Capitol v. Thomas*⁶¹, onde ficou decidido que, no momento em que *Jammie Thomas* colocara à disposição músicas online numa pasta partilhável, via P2P, praticara atos passíveis de serem interpretados como desconformes ao direito de distribuição, para a qual era necessária autorização do titular do direito.

Alguma doutrina invocava contra esta argumentação o carácter imaterial da obra transmitida, embora noutros casos, como o *London Sire Records*⁶² se tenha admitido até a possibilidade de equiparar os meios digitais de distribuição aos analógicos.

Esta inclusão do DCDP no direito de distribuição tem levantado divergências⁶³, apesar de ter sido abordada também por diversa jurisprudência, por não estar originariamente previsto nas leis constitucionais dos EUA. Assim, desde a criação do *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)⁶⁴ relativo à violação das medidas DRM, é aguardada uma inclusão legal dos conceitos do TODA e do TOIEF no *copyright act*.⁶⁵

No Canadá, apesar de no passado não terem sido adoptados os novos conceitos dos tratados OMPI da internet, a jurisprudência tem conseguido interessantes resultados práticos para os utilizadores, Empresas Provedoras de Serviços de Internet (ISP), Empresas Prestadoras de Serviços na Internet (EPSI), mas também melhorando as suas relações com as os sistemas das EGC⁶⁶ no regime *copyright*.⁶⁷

Contudo, as soluções recém criadas a nível legal para integrar o *Making available right*⁶⁸, têm dificultado aos tribunais o exercício de interpretação conforme os tratados OMPI da internet.⁶⁹

No sistema continental europeu, a transposição DCDP foi influenciada pela tomada de posição da União Europeia (UE) expressa nas várias diretivas que procurou implementar, especialmente na

⁶¹ Vide: CAPITOL RECORDS INC. V. THOMAS-RASSET, CIVIL FILE NO. 06-1497 (MJD/RLE, in: <https://goo.gl/Z1HA5o>

⁶² Definindo que a função da cópia ou do fonograma não é a de limitar a distribuição a objetos tangíveis, mas a de vincar a sua qualidade de meio incorporante da obra, Vide: *VV.*, 2012, *Ob. cit.*, X. P. 192 a 196.

⁶³ Sobre o assunto, Vide: HORSFIELD-Bradbury, John, "Making Available as Distribution: File-Sharing and the Copyright Act," *Harv. JL & Tech.* 222008.; GINSBURG, Jane C, "Letter from the Us: Exclusive Rights, Exceptions, and Uncertain Compliance with International Norms--Part I (Making Available Right)," *Revue Internationale du Droit D'Auteur (RIDA)* 2014.; 2004, *Ob.cit.*; CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P. 72 a 76.

⁶⁴ Vide: <http://goo.gl/kaMqa>

⁶⁵ Vide: Secção 108, Appendix A, The Copyright Act of 1976 -1

⁶⁶ Com uma abordagem inovadora, em defesa da expurgação das más EGC reafirmando a sua importância no equilíbrio de forças, Vide: GERVAIS, Daniel J, "The Internet Taxi: Collective Management of Copyright and the Making Available Right, after the Pentalogy," 2013. P. 375 e ss.

⁶⁷ Sobre a implementação do conceito considerando o ato legislativo como um híbrido entre as opções legais dos E.U.A e da UE no Canadá, Vide: DE BEER and BURRI, 2014, *Ob.cit.* P. 10 a 16.

⁶⁸ Com a aprovação da *Bill C-11*, que introduziu uma emenda ao copyright act canadiano.

⁶⁹ De que é exemplo o caso *Rogers Communications Inc. v Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012, SCC-35, [2012] 2 SCR 283, Disponível em: <http://goo.gl/TAWQAs>

diretiva da sociedade da informação 29/2004⁷⁰ (Info Soc). Aqui optou-se pela separação clara entre o direito de distribuição e o DCDP, onde ficou expressa a vontade de lidar com as transmissões *on demand* de forma autónoma.

2.2- O PAPEL DA UE E A DIRETIVA DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

É sabido que hoje a UE tem o seu âmbito de atuação legal regulado pelo Tratado da UE e pelo Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE), que são responsáveis pela regulamentação dos mais variados aspetos operantes das instituições europeias.⁷¹

Dos três instrumentos legislativos de que dispõe, as instituições da UE em matérias de Direito de Autor devem grande parte do *Acquis Communautaire* às diretivas⁷² emitidas após a ratificação pelo Conselho da UE dos tratados OMPI.⁷³ Da existência de diretivas à sua correta implementação há um longo caminho a percorrer e os Direitos de Autor na UE continuam a ser uma criação marcadamente de direito nacional.⁷⁴

A par das menos efetivas recomendações, há também uma inegável intervenção no direito da UE que não se faz somente de Diretivas, mas também, através da sindicância do tribunal de justiça da União Europeia (TJUE) que tem procurado, ativamente, delimitar alguns conceitos importantes em matéria de Direito de Autor e Direitos Conexos.

Os primeiros casos⁷⁵ onde a matéria de Direito de Autor entrou em contacto com o direito da UE tiveram por base resolver problemas relacionados com o mercado comum e a livre circulação de mercadorias, havendo também um alongado acervo comunitário de decisões em matéria de direito da concorrência⁷⁶ relativamente à atuação das EGC, por abuso de posição dominante e atuação em cartel pela prestação de serviços no mercado único.⁷⁷

Até 2001, a harmonização dos Direitos de Autor na UE foi-se realizando de forma fragmentária, tendo inicialmente sido adotadas diretivas (verticais) para resolver problemas específicos de cada sector.

⁷⁰ Relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos Direitos Conexos na sociedade da informação.

⁷¹ *Idem*: PAIS, Sofia Oliveira, *Princípios Fundamentais De Direito Da União Europeia-Uma Abordagem Jurisprudencial*: Leya, 2013.; Como referencia internacional para análise mais aprofundada do sistema, *Vide*: CRAIG, Paul and DE BÚRCA, Gráinne, *Eu Law: Text, Cases, and Materials*: Oxford University Press, 2011.

⁷² Sobre o Direito de Autor na UE, *Vide*: PILA, Justine and OHLY, Ansgar, *The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology*: Oxford University Press, 2014. P. 57 a 71.

⁷³ Sobre o impacto das diretivas no direito nacional, *Vide*: AKESTER, 2013, *Ob. cit.*

⁷⁴ *Idem*: SOUSA E SILVA, Nuno, "Uma Introdução Ao Direito De Autor Europeu (Eu Copyright Law-an Introduction)," *Revista da Ordem dos Advogados*, [2013] pp 2014. P. 33 e ss.

⁷⁵ Ac. C- 62/79, *Coditel*, e C-57/80 *Musik-Vertrieb*, onde se fixou que os Direitos de Autor poderiam ser abrangidos pela exceção do art.º 36º do TFUE.

⁷⁶ Sobre as relações desenvolvidas *Vide*: GERVAIS, 2010, *Ob. cit.* 138 e ss.

⁷⁷ Sobre a gestão coletiva nos últimos 40 anos, HILTY, Reto and NÉRISSON, Sylvie, "Collective Copyright Management and Digitization: The European Experience," *Forthcoming in: Handbook of the Digital Creative Economy/Ruth Towse and Christian Handke (eds.)*, Cheltenham: Edward Elgar 2013. P. 4 a 5.

A partir daí foi feita uma abordagem mais ambiciosa⁷⁸, visando a harmonização dos aspetos de Direito de Autor e Direitos Conexos (diretivas horizontais), que se iniciou com a diretiva Info Soc.⁷⁹

Esta diretiva procurou, de forma menos sectorial, harmonizar um conjunto de definições e conceitos trazidos pelos tratados OMPI da internet.⁸⁰ Aqui a Comissão procurou harmonizar os aspetos ligados aos direitos patrimoniais, à reprodução, à comunicação ao público e à distribuição, conferindo a artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas, de primeiras fixações videográficas e organismos de radiodifusão o mesmo nível de proteção conferido ao direito de reprodução.⁸¹ É também na diretiva Info Soc que o aprovisionamento de meios materiais para colocar à disposição passou a ser considerado um mero ato técnico, instrumental do DCDP.

Os art.º 8 do TODA e 10 e 14 do TOIEF foram transpostos para o ordenamento jurídico da UE através do art.º 3 da diretiva Info Soc. Este consagra uma definição ampla de reprodução abarcando nela os tipos de reprodução possível na internet⁸² contendo uma enumeração exemplificativa de utilizações consideradas livres, que permite aos EM decidir que limites e exceções adoptar nestas matérias.⁸³

A diretiva consagrou o DCDP como um direito de comunicação pública, pelo que é aqui visível na redação dada no art.º 3 n.º 1 que, à “*Umbrella Solution*” a UE decidiu também quebrar umas varas, englobando todas as formas de transmissão imaterial, incluindo a radiodifusão, neste âmbito. No n.º 2 do art.º 3 consagrou o DCDP dos artistas intérpretes e executantes, inovando relativamente ao TOIEF já que concedia igual direito de exclusivo aos organismos de radiodifusão e aos produtores de primeiras fixações de filmes.⁸⁴ No entanto, manteve-se a opção de os EM criarem ou não um direito autónomo, desde que o mantivessem como um direito de exclusivo, não sujeito a esgotamento.

Cremos que este artigo teve, por isso, influencia no modo como alguns EM efetuaram a transposição do DCDP, como se tem podido verificar pelos vários reenvios prejudiciais efetuados, pelo que podemos concluir que a flexibilidade da Diretiva não produziu os efeitos de homogeneização desejados.⁸⁵

⁷⁸ São elas, a Diretiva sobre programas de computador, 2009/24/CE; diretiva sobre direito de aluguer, comodato e certos Direitos Conexos, 2006/115/CE; diretiva sobre DADC de radiodifusão por satélite e retransmissão por cabo, 2006/116CE, atual 2011/77/CE; Diretiva sobre proteção jurídica de bases de dados, 96/9/CE; a Diretiva Info Soc, 2001/29/CE; diretiva sobre direito de sequência de obra transformada, 2001/84/CE; e a diretiva sobre obras órfãs, 2012/28/EU.

⁷⁹ *Idem*: KUR, Annette, PLANCK, Max, and DREIER, Thomas, *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials*: Edward Elgar Publishing, 2013. P. 270 e ss.

⁸⁰ *Vide*: Considerandos, 1, 2, 4 a 7, 15, 16, 23, 25, 32, 35, 47, e 54 a 56, da diretiva 29/2001.

⁸¹ *Idem*: AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 339 e ss.

⁸² Sobre este aspeto, clarificando quão ampla era a abrangência do conceito, *Ac. Infopac*, C5/08.

⁸³ *Vide*: Art.º 5º da Diretiva 29/2001.

⁸⁴ *Vide*: Art.º 3º n.º 1 e 2 e considerando 29 da Diretiva 29/2001, ROCHA, 2015, *Ob.cit*; CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P.82 e 83.

⁸⁵ Como de resto já se verificou com a referencia à recomendação 2005/737 da Comissão. *Vide*: Nota 132.

Inúmeras questões têm sido levantadas quanto aos contornos dos conceitos que dão definição à comunicação ao público nos termos da diretiva. Recentemente têm sido discutidas questões que confrontam a margem de liberdade de informação dos utilizadores com a necessidade de salvaguardar os direitos dos autores quando, conteúdos seus são disponibilizados ilicitamente em páginas *web*.⁸⁶

O TJUE tem procurado ir além do *Acquis* e dos tratados em diversos aspetos, dando nomeadamente definições interpretativas de conceitos⁸⁷ como “obra”, “originalidade”,⁸⁸ destacando a “titularidade”⁸⁹ e procurando definir “Público”⁹⁰ através de um conceito de “*novo público*”⁹¹ para efeitos de verificar a conformidade de certos atos de colocação à disposição do público no âmbito da diretiva.

Algumas das definições assentes são criticáveis segundo *Mihaly Ficsor*, pois embora tenham como propósito defender o autor e os artistas de explorações indevidas sem remuneração, resultaram em interpretações indevidas dos conceitos definidos pelos Tratados OMPI da Internet.⁹²

No sentido de uma correção das soluções anteriormente adoptadas, a posição do TJUE segue hoje⁹³ no sentido de que a internet deixaria de funcionar tal como a conhecemos, caso o *framing*⁹⁴ ou o *hyperlinking*⁹⁵ fossem restringidos tendo por base a violação de direitos de autor, após o exercício, por estes meios do DCDP. Entende-se hoje que, direta ou indiretamente o utilizador, fazendo uso dos serviços fornecidos pelas EPSI, deverá manter o seu DCDP a um novo público *online*.⁹⁶

As dificuldades na interpretação destas matérias têm feito alguns autores sugerir que uma definição concreta do ato de colocação à disposição *online on demand*, nos termos da diretiva Info Soc,

⁸⁶ Vide: VICENTE, 2015, *Ob. cit.* P. 489 a 509.

⁸⁷ Criticando fortemente algumas das definições dadas em casos recentes pelo TJUE, Vide: FICSOR, Mihály, "Svensson: Honest Attempt at Establishing Due Balance Concerning the Use of Hyperlinks – Spoiled by the Erroneous “New Public” Theory," 2014.

⁸⁸ Visto como a “criação intelectual do autor” aplicável a todas as obras e não apenas às bases de dados, fotografias ou programas de computador, Vide: Ac. *Infopac* C5/08, PP 37 a 45, Ac. *Bezpečnostní*, C393/09, PP48, Ac. *Football Dataco Ltd vs Yahoo! UK Ltd*, C604/10, PP 38.

⁸⁹ Sobre os direitos de exploração da obra cinematográfica, Vide: Ac. *Martin Luksan v. Petrus van der Let*, C277/10, PP 67 e ss.

⁹⁰ Incontornáveis os Ac. *Mediakabel BV*, C89/04; *Lagardère*, T471/11; *SGAE v. Rafael Hotels*, Ac. C306/05 onde se definiu público, para efeitos da diretiva, e o Ac. *Premier League* C403/08 e C429/08, apensos.

⁹¹ Vide: *ITV vs TVCATCHUP* Ac. C607/11 onde o tribunal tentou corrigir o conceito adoptado, introduzindo o requisito dos meios técnicos específicos, e mais tarde no caso *SCF v. Marco del Corso*, Ac. C-135/10, o tribunal adicionou o critério da finalidade lucrativa da comunicação.

⁹² Pertinentemente, evidenciando os erros interpretativos de vários conceitos, Vide: FICSOR, 2014, *Ob.cit.* P 2 a 26.

⁹³ Porque os problemas relacionados com o P2P e partilhas em NZB, diminuíram, fruto da própria evolução técnica do mercado digital.

⁹⁴ Recente, Ac. *Bestwater* C348/13, PP. 18.

⁹⁵ Vide: Ac. *Svensson* C 466/12 PP 16, 18 e 25 a 28; e sobre este em particular, AREZZO, Emanuela, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union—What Future for the Internet after Svensson?," *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law* 45, no. 5, 2014.

⁹⁶ Vide: Ac. *ITV v. TV Catchup*, C607/11, onde o TJ faz uma distinção desta situação da dos Ac. *SGAE v. Rafaelhotels e Airfield* (Ac. C432/09), abrangendo também ainda que diferentemente, sem carácter lucrativo, e por meio de transmissão em rede, o *Streaming*, como ato de comunicação ao público.

traria benefícios⁹⁷, estabelecendo um limite legal para interpretações de conceitos mutantes nas transmissões em rede.

Alguns autores, como *Mihaly Ficsor*, referem inclusive que hoje, relativamente a este DCDP interativo, possa existir uma doutrina da licença implícita, que implicaria o facto de se reconhecer que os detentores do DCDP tendem a exercer claramente de forma gratuita este direito.⁹⁸ Contudo, esta teoria não parece para já reunir muitos apoiantes, pelo que as receitas geradas com a publicidade e os licenciamentos impedem que se assumam com verticalidade os compromissos que originaram o DCDP, tal como ele fora concebido nos tratados OMPI da internet.

A referida harmonização judicial tem procurado seguir sempre o sentido do aumento da proteção autoral, como resulta claro de disposições como o alargamento do prazo de proteção, tendo o TJUE atuado no sentido de equilibrar os interesses em jogo, apelando a um “justo equilíbrio”.⁹⁹

No direito da UE ficou desde cedo assente que os detentores de Direitos Conexos como os autores ou artistas, devem ter a liberdade de dispor dos seus direitos, podendo apenas e na medida do necessário, este exclusivo, ser limitado para garantir uma gestão eficiente desses direitos.¹⁰⁰

Façamos um breve, mas necessário, desvio no nosso estudo para analisar que figuras repartem hoje protagonismo no jogo de interesses que o DCDP desperta no mercado digital.

3-OS SUJEITOS DO NOVO MERCADO FONOGRÁFICO

Descrita a evolução dos quadros normativos internacionais, torna-se relevante clarificar quais são atualmente, de acordo com as normas vigentes, os atores economicamente relevantes para os Direitos de Autor e os Direitos Conexos presentes no atual mercado fonográfico.

Temos desde logo os autores, conhecidos e tratados pela doutrina nacional¹⁰¹ e internacional¹⁰² como os sujeitos a quem é passível de ser reconhecida a autoria ou paternidade de uma obra, que preencha os respetivos requisitos legais.¹⁰³

⁹⁷ *Idem*: AREZZO, 2014, Ob.cit. P. 29 e ss.; COOK, Trevor, "The Restricted Act of Making Available and Communication to the Public in the European Union," *Journal of Intellectual Property Rights* 20, no. 1, 2015.; criticando as definições *Vide*: FICSOR, 2014, Ob.cit. P. 5 e ss.; CANO et al., 2008, Ob. cit. P. 92 a 93.

⁹⁸ FICSOR, 2014, Ob.cit. P.36 a 38.(...)

⁹⁹ *Vide*: Ac. *Padawan vs SGAE*, C467/08, PP 112, e Ac. C275/06, Pp 71.

¹⁰⁰ Princípio fixado no Ac. BRT/SABAM, C127/73, PP 7,10,11,15 e 23.

¹⁰¹ Com alguma autoridade na definição destas matérias entre outros, *Idem*: ASCENSÃO, 2012, Ob. cit. P. 105 a 148.; ROCHA, 2008, Ob.cit.; PEREIRA, 2008, Ob. cit. P. 379 e ss.; LEITÃO, 2012, Ob. cit. P. 69 e ss.; AKESTER, 2013, Ob. cit. P. 53 e ss.

¹⁰² Influenciada inicialmente pela CB e posteriormente por outros tratados já referidos no ponto 2.1.

¹⁰³ Sobre como isto se desenrola nos sistemas *copyright* e *droit d'auteur*, *Vide*: ROCHA, 2008, Ob.cit.; De forma mais concisa, SOUSA E SILVA, 2014, Ob.cit. P. 1334 a 1351.

O reconhecimento dos Direitos de Autor é normalmente positivado pela lei em cada Estado¹⁰⁴, sendo entre nós definidos os requisitos de proteção da obra nos art.º 1 e 2 do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (CDADC) conferindo a lei titularidade ao criador.¹⁰⁵

Assumimos, a par de alguma doutrina, que, no essencial é ao criador intelectual da obra a quem normalmente a lei confere direitos sobre a sua criação, salvo disposição contratual em contrário.¹⁰⁶

Existem segundo a doutrina e a jurisprudência, *grosso modo*, dois grandes tipos de direitos, os não patrimoniais (denominados no CDADC, de modo impróprio, como direitos morais) e os direitos patrimoniais. Os primeiros são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis¹⁰⁷. Os segundos têm como padrão os direitos de exclusivo, permitindo ao titular realizar uma exploração económica da obra/prestação, com uma duração limitada e harmonizada no contexto da União Europeia. Estes podem em regra ser licenciados e/ou transmitidos, sujeitando-se os contratos celebrados ao princípio da independência das formas de exploração e ao princípio da interpretação a favor do autor, embora exijam forma escrita. Existem ainda os direitos patrimoniais de simples remuneração como o direito de sequência, o direito de cópia privada ou as licenças compulsórias.

Quanto aos artistas intérpretes e executantes estes serão todos os indivíduos que direta ou indiretamente se conxionem com a cadeia interpretativa, executante e divulgadora da obra, dependendo do contributo que a esta prestem e cujos direitos, provenientes dessa mesma prestação, nasçam na sua esfera jurídica.¹⁰⁸ De estatuto reconhecido na já referida CR, e no TOIEF, os direitos referentes a estes indivíduos podem ou não ser separados dos do autor, sempre e quando o autor autorize o uso da sua obra para o efeito pretendido pelo artista, intérprete ou executante.¹⁰⁹

Por força da relação jurídica que se estabelecia entre os autores, os produtores e as editoras discográficas, sustentada por uma carência de meios necessários para levar a cabo a execução,

¹⁰⁴ Não obstante as definições da CB e do TODA, ao nível constitucional, é no Art.º 42 da Constituição Portuguesa de 76 que encontramos a referencia expressa à liberdade de criação intelectual, artística e científica que compreende "... o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística incluindo a proteção legal dos direitos de autor". Vide: AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 46 e ss.

¹⁰⁵ De notar que a par da Suécia, só Portugal prevê na sua constituição a existência dos direitos de propriedade intelectual. Vide: GOLDSTEIN, P, HUGENHOLTZ, B, *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, 3rd Edition ed.: Oxford University Press, 2012. P. 23 e ss.

¹⁰⁶ Neste sentido, Vide: CANOTILHO, JJ, *Gomes; Vital Moreira*, vol. 1, Constituição Da República Portuguesa Anotada: Coimbra Editora, 2007. P.622. ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 107. AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 53 e ss.

¹⁰⁷ Vide: art.º 56º, 2 e 42º e art.57º CDADC

¹⁰⁸ Veja-se como exemplo da inserção de estas várias figuras em sujeitos diferentes a quando da realização de uma obra em colaboração, realizada por exemplo por uma banda de garagem, Vide: ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 127 a 133.

¹⁰⁹ Para desenvolvimentos nesta matéria, considerando O. Ascensão todos estes atos do autor como licenças, Vide: DE ALMEIDA, Carlos Ferreira, GONÇALVES, Luís M Couto, and TRABUCO, Cláudia, *Contratos De Direito De Autor E De Direito Industrial*: Almedina, 2011. P 96 e ss.; Sobre a partição dos direitos morais e patrimoniais, ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 197 a 228.

publicação e a distribuição da obra, surgiram, relativamente a estes terceiros sujeitos, os contratos de edição¹¹⁰, cuja existência é anterior à do próprio Direito de Autor.¹¹¹

A existência de tipos contratuais próprios (derivados do contrato de edição),¹¹² a dimensão económica que algumas editoras discográficas atingiram, a par da sua complexidade funcional, têm feito subsistir estes arquétipos, à margem da figura do autor/artista na idade da informação. Também a tecnologia promoveu um retorno à pessoa do autor dos Direitos Conexos de artistas intérpretes, executantes e produtores de fonogramas podendo deixar num futuro próximo, na obsolescência, qualquer uma destas figuras.

Hoje é possível que um autor crie, interprete e execute a sua interpretação da obra, fixando-a num formato adequado, com recurso a *software* de produção vídeo ou áudio, em condições de exercer o seu DCDP, ou até o direito de distribuição comercial, *online*, de forma autónoma.¹¹³ No entanto, é ainda difícil ao autor, apesar dos meios tecnológicos de comunicação disponíveis hoje *online*, onde os custos associados à promoção e divulgação são significativamente reduzidos, competir com a máquina bem estruturada da publicação e divulgação que, ao longo do último século, foi forjada com base nos lucros provenientes das massivas publicações de obras de grande sucesso.

Pensamos que as referidas características destas figuras contribuíram para a criação dos vários conglomerados de empresas e indústrias audiovisuais operantes na sociedade de informação que hoje conhecemos.¹¹⁴ Talvez por isso o quarto agente chamado à coação nestas matérias tenha também ainda hoje o seu lugar assegurado no mercado de Direito de Autor digital.

As Entidades de Gestão Coletiva (ECG) têm o seu surgimento radicado na necessidade prática de controlo das utilizações das obras e nas licenças dos conteúdos das mesmas, no interesse dos autores e dos artistas intérpretes, executantes mas, sobretudo, dos produtores de fonogramas.¹¹⁵

A par da massificação dos meios de divulgação, nasce uma necessidade de controlar de forma mais eficaz a disseminação das obras, por modo a que, também na indústria fonográfica, os vários intervenientes pudessem garantir a sustentabilidade do modelo de negócio que se havia gerado,

¹¹⁰ “O contrato de edição é o contrato pelo qual o titular do Direito de Autor sobre uma obra intelectual concede ao editor o exercício das suas faculdades compreendidas em tal direito e o editor se obriga, por sua própria conta, a reproduzir a obra e distribuir os exemplares por esse meio obtidos,(...)” *Idem*: DE ALMEIDA, GONÇALVES, and TRABUCO, 2011, *Ob. cit.* P. 276 e ss. ; ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 439 e ss.

¹¹¹ *Idem*: DE ALMEIDA, GONÇALVES, and TRABUCO, 2011, *Ob. cit.* P.275 e ss.

¹¹² Como revela Pedro Cordeiro, “(...) os modelos contratuais têm enorme variabilidade de sistema para sistema (Copyright/ Direito de Autor) e, mesmo dentro dos sistemas ditos de Direito de Autor, de país para país com regras muito específicas que se fundam na tradição jurídica e da prática própria de cada sociedade. *Ibidem*: P. 246.

¹¹³ O que é facilmente observável pelo aumento de performances de artistas a independentes no Séc. XXI cujas músicas tem presente todos os elementos sonoros que outrora não prescindiam de músicos intérpretes, nem do toque de engenharia sonora do produtor, hoje substituível por serviços como o Landr.com, nem tão pouco da divulgação das mesmas nos meios de radiodifusão, hoje substituídos pela *web 2.0*, e pelo *streaming*.

¹¹⁴ Sobre os direitos patrimoniais, *Vide*: ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 197 e ss.

¹¹⁵ Sobre o seu surgimento na UE, *Vide*: HILTY and NÉRISSON, 2013, *Ob.cit.* P. 1.

procurando os produtores de fonogramas obter uma remuneração devida pelos utilizadores e pelo público das utilizações dos fonogramas publicados.

É da CR que sai o impulso para a criação das EGC no âmbito dos Direitos Conexos onde, os produtores de fonogramas e os artistas intérpretes ou executantes, procuravam apoio no controlo dos seus direitos¹¹⁶ sendo por isso, não poucas vezes, uma solução importada de outros sistemas jurídicos.¹¹⁷

Sistemas de gestão coletiva existem praticamente em todos os Estados, estando a gestão em alguns casos assegurada apenas por uma entidade podendo, de acordo com a natureza do sistema *jus* autoral, estas EGC ter finalidade lucrativa ou não de acordo com os princípios que legitimam e orientam estas cobranças.¹¹⁸ Do montante resultante da coleta procedem à sua distribuição de forma tendencialmente equitativa pelos sócios que são, normalmente, editoras discográficas, associações de produtores ou de artistas intérpretes e executantes. A coleta é feita com base na informação dos usuários, quando em ambiente digital, ou no policiamento, quando em ambiente analógico, podendo inclusive as EGC intervir judicialmente em defesa dos interesses legítimos dos representados.¹¹⁹

Em Portugal é no art.º 73 do CDADC que encontramos a possibilidade de existência de EGC habilitada, pelo que são várias as EGC que asseguram os Direitos de Autor e Direitos Conexos nos vários ramos artísticos, partindo-se o elemento aglutinador por tantas áreas em quantas haja produção artística.¹²⁰

As EGC tomando entre nós a forma de associações ou cooperativas, fazem a cobrança dos montantes devidos pelas utilizações das obras, inclusive no estrangeiro, por meio de acordos elaborados com EGC congéneres, tendo resolvido assim os problemas da representatividade nos diferentes ordenamentos.¹²¹

¹¹⁶ *Idem*: AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 161 e ss.

¹¹⁷ Para uma evolução histórica do conceito, *Vide*: FICSOR, Mihály, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, vol. 855: WIPO, 2002. P. 18 e ss.; Entre nós, enumerando as várias entidades formadas nos vários Estados europeus, AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 161 e ss.

¹¹⁸ Neste sentido e discutindo sobre a presença de um verdadeiro elemento coletivo enunciado pelo Prof. M. Ficsor nas EGC Norte Americanas, *Idem*: GERVAIS, Daniel J, "Keynote: The Landscape of Collective Management Schemes," *Colum. JL & Arts* 342010. P. 3 e ss.

¹¹⁹ *Idem*: AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 162 e ss.

¹²⁰ São elas no caso Português, a Sociedade Portuguesa de Autores, a Associação Fonográfica Portuguesa, a Associação Portuguesa de Escritores, a Associação Portuguesa de Editores e Livreiros, a Cooperativa de Gestão dos Artistas Intérpretes ou Executantes, a Cooperativa de Gestão dos Artistas em Portugal, a Associação para a Gestão dos Direitos Reprográficos, a União de Editores Portugueses, a Associação Portuguesa de Software e Informática, a Associação Portuguesa de Argumentistas e Dramaturgos, a Associação para a Gestão da cópia Privada e a Associação Fonográfica Portuguesa. *Ibidem*: P. 164 e ss.

¹²¹ *Idem*: ASCENSÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 691 a 698.

A teia de interesses que as EGC fazem surgir é notoriamente relevante para quase todos os sujeitos enunciados neste capítulo, sendo a razão coletiva da sua existência muitas vezes esquecida quando confrontada com os agentes que delas participam.¹²²

3.1- O NOVO MERCADO FONOGRÁFICO ONLINE

A evolução da tecnologia trouxe a esta velha relação triangular entre autores/artistas, titulares de Direitos Conexos e EGC, novos agentes forjados nos mercados digitais.

As ISP, que surgem em meados dos anos 80, com base na criação do protocolo de acesso DSL, vão ser responsáveis por comercializar acesso, utilização e participação aos utilizadores na internet, podendo adoptar várias formas jurídicas.¹²³ Hoje estas são na sua maioria empresas de telecomunicações, intervenientes de peso nos mercados internacionais.¹²⁴

Com o novo DCDP vão surgir também, *online*, em formato digital novas formas de concorrência para as editoras discográficas. Os primeiros serviços prestados pelos gigantes tecnológicos¹²⁵ passaram por uma transposição dos modos de comercializar conteúdos no mercado analógico para a rede, *on demand*, dos quais foi exemplo icónico, a *itunes store*.¹²⁶ As transmissões em rede trouxeram assim a necessidade de adoção de medidas tecnológicas¹²⁷, face à nova utilização interativa que se processa *online*.¹²⁸

A par destas inovações, com as restrições de acesso territoriais provenientes dos burocráticos e morosos acordos de licenciamento entre EGC dos vários Estados, deu-se uma transposição para o digital dos já referidos fenómenos analógicos de pirataria¹²⁹, com a criação de redes de partilha gratuita como a conhecida *Gnutella*, operada com base nos protocolos *Peer 2 Peer*.¹³⁰

O número de partilhas ilegais de conteúdos audiovisuais cresceu para valores históricos o que

¹²² Vale por isso a pena atentar na honestidade capitalista do sistema *Copyright*, onde as EGC pelos seus traços de coletivismo que brotam do direito laboral, são apelidadas muitas vezes de “*necessary evil*”, Vide: GERVAIS, 2010, *Ob. cit.* P. 340 e ss.

¹²³ Entre nós, a MEO, a NOS, e a multinacional Vodafone, são as principais operadoras móveis, responsáveis pelo aprovisionamento de serviços de internet.

¹²⁴ *Idem*: BROWN, Ian, “Internet Self-Regulation and Fundamental Rights,” *Index on Censorship* 12010. Disponível em: <http://goo.gl/QAqFQu>

¹²⁵ *Microsoft, Apple, Google, Oracle*, entre outros.

¹²⁶ Como a criação de interação de formatos digitais *média* para armazenamento e reprodução nos computadores, foram criados pela Microsoft (.Wav) e a Apple (.Mp3), pioneiras no fomento do desenvolvimento de lojas de venda online de exemplares como se de verdadeiros fonogramas se tratassem, embora aqui as discográficas não tenham ainda sido colocadas de parte.

¹²⁷ As *Digital Rights Management* (DRM) não se tem demonstrado suficientes para prevenir, pelo que, nos sistemas *Copyright* se adoptou o *Digital Milenium Copyright Act* (DMCA). Vide: VICENTE, 2015, *Ob. cit.* P. 596 e ss.

¹²⁸ Vide: VV., 2012, *Ob. cit.*, X. P. 191 e 192.

¹²⁹ Sobre a evolução do fenómeno da cópia pirata no sistema anglo-saxónico, Vide: CORNISH, LLEWELYN, and APLIN, 2013, *Ob.cit.* P. 546 e ss.

¹³⁰ Vide: LEITÃO, 2012, *Ob. cit.* P. 344 a 350.

para a indústria fonográfica, serviu para fomentar uma demanda de combate aos ilícitos *jus* autorais ao nível mundial.¹³¹ As DRM surgiram, por isso, após os Tratados OMPI sobre a Internet como uma nova forma de controlo dos usos, sobretudo motivadas pelas perdas económicas partilhadas pelas indústrias audiovisuais nos EUA. Nasce em 1998 o DMCA, ato que implementava disposições do TOIEF e um sistema de sancionamento contra ilícitos praticados mediante circunvenção de medidas de segurança digitais e consequente partilha de obras ou prestações, aplicável aos sistemas *copyright*.

Alguns dos mais mediáticos processos têm envolvido EPSI ou organizadores de comunidades cibernéticas onde se permitia a partilha de obras ou hiperligações para servidores que hospedavam ou conferiam acesso a obras ou fragmentos, teoricamente, armazenados ilicitamente, como nos conhecidos casos *Napster*¹³², *Piratebay*¹³³ e *Megaupload*¹³⁴.

Contudo, na maior parte destes processos, os tribunais dos EUA tenderam mais para a prova da existência de um agente instigador do ilícito, do que para a confirmação da existência do mesmo,¹³⁵ o que não resolveu o fenómeno, contribuindo até para a multiplicação de novos serviços de características idênticas.

No que toca a aspetos relacionados com a incerteza jurídica da atuação dos ISP e das EPSI no mercado da UE, a Diretiva 2000/31/CE¹³⁶ sobre o comércio electrónico, inspirada pelo instrumento vizinho, estabeleceu um conjunto de disposições que regulavam o funcionamento, reconhecimento e responsabilidade¹³⁷ destas empresas, visando harmonizar a posição dos EM quanto ao seu funcionamento¹³⁸, pugnando pela manutenção das liberdades associadas à sua atuação no mercado da UE.

As EPSI veem ser aberta uma porta às suas atividades de prestação de serviços, embora tendo a diretiva também disposto sobre a violação de conteúdos comercializáveis¹³⁹ e sobre o sancionamento pela circunvenção de medidas de carácter tecnológico. A diretiva Info Soc consagrou também uma

¹³¹ Proclama-se a crise do mercado da música devido à facilidade com que esta era copiada, designadamente através das redes P2P, tendo procurado implementar a lei PIPA e SOPA, nos EUA. Na UE a rejeição do ACTA refreou a questão.

¹³² Vide: *A&M Records v. Napster Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). In : <https://goo.gl/jxsVTT>

¹³³ Vide: Caso *Piratebay*, B 13301-06, In: <http://goo.gl/kgNaMI>

¹³⁴ Vide: *USA v. Megaupload*, Case No. 1:12CR3, In: <http://goo.gl/MVmtlx>

¹³⁵ A colocação de uma obra ripada de um CD, numa pasta partilhada no computador, pode consistir tecnicamente numa reprodução, mas de acordo com a Diretiva Info Soc, e os art.º 8º do TODA e 10º e 14º do TOIEF, devemos entender que à luz do DCDP, a reprodução é um ato meramente instrumental. Vide: CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P. 86 e ss.; VV., 2012, *Ob. cit.*, X. P.200 e ss.

¹³⁶ Que permanece ainda hoje inalterada e parece poder representar, para futuro, um ponto de ruptura no mercado concorrencial devido ao disposto nos art.º 14 e 15, Vide: Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade da informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.

¹³⁷ Que como se viu em alguns casos, pode ser bastante reduzida, Vide: PILA and OHLY, 2014, *Ob. cit.* P. 165 a 180.

¹³⁸ Isentou-os de responsabilidade na sua atuação caso preenchessem requisitos cumulativos como resulta dos art.º 14º e 15º.

¹³⁹ *Idem*: GERVAIS, 2010, *Ob. cit.* P. 76 e ss.

obrigação para os EM de garantirem a eficácia destas medidas,¹⁴⁰ onde não se excluíram os acordos entre os titulares de direitos e EGC para garantia da aplicabilidade e eficácia.¹⁴¹ Vários foram já os sistemas sancionatórios adoptados em vários EM¹⁴², contudo sem grandes resultados práticos.

A oferta dos serviços *online* para o exercício do DCDP assume hoje as mais variadas formas, podendo oferecer-se desde a hospedagem para descarga, de ficheiros de fonogramas, ao mero *streaming*, *on demand*, desses fonogramas, disponibilizados nos reportórios internacionais pelas discográficas ou individualmente pelos artistas. Este último serviço é muitas vezes oferecido gratuitamente aos utilizadores, tendo o autor/artista somente como retorno o valor acrescentado pela exposição social oferecida pelo serviço.¹⁴³

Novas EPSI como o *Spotify*, *Apple Music*, *Rhapsody* ou *Pandora* nascem todos os meses com a motivação de prosseguir um modelo legal de negócio baseado na oferta de infraestruturas para realizar o DCDP *on demand*.¹⁴⁴

Os métodos de *hosting*, *linking*, *framing*, e mais tarde *streaming*,¹⁴⁵ permitiram o aparecimento em formato digital das várias figuras de comunicação pública, conhecidos até então do mundo analógico, tornando as EPSI pioneiras na prestação de serviços *on demand*, satisfazendo a procura dos consumidores.¹⁴⁶

Podemos afirmar que os novos serviços de *streaming*¹⁴⁷, com recurso a retransmissão de informação digital de pequenos blocos em tempo real, afasta hoje da equação os *downloads*, estando estabelecida a colocação à disposição *online*, *on demand*, no seu estado mais *suis generis*.¹⁴⁸ Estes serviços prestados por EPSI são, até à data, a melhor concretização dos novos direitos, que haviam sido discutidos nos tratados OMPI da Internet na atualidade.

Ganham cada vez mais adeptos também os serviços de *hosting* com recurso a *streaming*, como o

¹⁴⁰ Vide: Art.º 6º da Diretiva 29/2001.

¹⁴¹ Vide: Considerando 51 e 52 da Diretiva 29/2001.

¹⁴² Em Portugal o crime de usurpação abarca entre nós, (art.º 195 e 197 CDADC e AC. STJ nº 15/2013) as respetivas sanções, embora em alguns países se fosse mais longe, com o corte da internet da Lei *Hadopi*, adoptada em França (LOI nº 2009-669 du 12/06/2009), inspirada pelo *three strikes system* dos EUA, ou ainda a Ley 2/2011 SINDE, em Espanha. Vide: ALVES, Valter da Silva, *O Crime De Usurpação De Direitos De Autor E Direitos Conexos: Almedina*, 2014. e VV., 2012, Ob. cit., X. P.207 a 214.

¹⁴³ Dada a receita gerada em publicidade impulsionada pelo interesse do publico em aceder aos conteúdos gratuitamente divulgados, seria *mister* contemplar uma remuneração destes serviços *online*. Vide: RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz et. al., *Comentarios a La Ley De Propiedad Intelectual* 2007. P. 360 a 361.

¹⁴⁴ Numa abordagem correta na altura do aparecimento dos serviços *on demand*, Vide: ROCHA, 1996, Ob.cit. P 11.5

¹⁴⁵ Entre nós numa análise simplificada dos vários tipos de utilizações multimédia possíveis, Vide: LEITÃO, 2012, Ob. cit. P. 341 a 355.

¹⁴⁶ Sobre o negócio de bens incorpóreos *online*, Vide: LAMBRECHT, Anja et al., "How Do Firms Make Money Selling Digital Goods Online?," *Marketing Letters* 25, no. 3, 2014. P. 3 e ss.

¹⁴⁷ Entre os serviços legais praticamente todos operam na rede nacional, *Spotify*, *Applemusic*, *8tracks*, sendo alguns destes serviços prestados pelas próprias empresas de telecomunicações, *MeoMusic*, *Meo GO*, *Zon Discos*, entre outros.

¹⁴⁸ Em Portugal até ao seu encerramento, Wareztuga, sucedido por novas páginas como, Rato.net, lusofilmes.tv ou toppt.net.

*Soundcloud*¹⁴⁹, o *Youtube*, ou o recente *Tone Den* que, sem nenhum tipo de custo para o *uploader*, dão a capacidade aos autores/artistas ou qualquer utilizador de exercer um DCDP, para uso *on demand*, permitindo até aos utilizadores aceder a conteúdos colocados à disposição *online*, sob o regime de *copyleft*, ou sob a alçada de licenças *Creative Commons*¹⁵⁰.

A indefinição legal e o ceticismo que regem ainda hoje o espaço internacional dos Direitos de Autor não tem permitido a estes projetos atingir o seu pleno potencial, não deixando estes a médio prazo de constituir uma séria ameaça à utilidade de alguns tipos de serviços.¹⁵¹

É inegável constatar que no triângulo autores/artistas, editores/produtores e EGC, as ISP e as EPSI vieram acrescentar novos vértices à relação, constituindo estes novos gigantes económicos, cujo modelo de negócio radica na facilitação do exercício do novo DCDP e nas suas receitas geradas maioritariamente na publicidade, acoplada aos *streamings* gratuitos, uma séria ameaça concorrencial aos antigos agentes do mercado analógico.

3.2- O DIREITO DE COLOCAÇÃO À DISPOSIÇÃO E O MERCADO DIGITAL ÚNICO

Os problemas que, de acordo com *Daniel Gervais*, surgem nos atuais mercados digitais prendem-se sobretudo com o facto de: “*Na grande equação política do copyright só os autores e os utilizadores são de facto imprescindíveis. Para além desses apenas as EGC, como agentes dos autores, podem reclamar ser indispensáveis pois sem eles seria impossível aos utilizadores fazer negócio.*”¹⁵²

Esta imprescindibilidade tem sido argumento de peso das produtoras e editoras, que, confrontadas com a possibilidade de serem substituídas pela oferta de condições de exercício do novo DCDP pelos novos concorrentes digitais do mercado, referidos anteriormente, têm exercido um fortíssimo *lobby* junto das EGC.

¹⁴⁹ Tendo pelo seu sucesso atraído algumas companhias discográficas, como a *Sony music*, que tem forçado modificações às políticas de controlo dos conteúdos dos utilizadores.

¹⁵⁰ Criadas pelo Professor *Lawrence Lessig* tem como objetivo estabelecer um sistema de licenciamento que permita aos autores optarem por várias formas de licenciamento quando disponibilizam obras ao público. *In*: <https://goo.gl/A3uPxn>.

¹⁵¹ A própria OMPI tem no seu orçamento para 2015 previsto o financiamento de uma política de acesso livre, integrando *Creative Commons* como forma criar uma biblioteca de conteúdos acessível *online* para os utilizadores. *Vide*: WIPO, PBC 2015, 19.4.III, P. 130, disponível em: <http://goo.gl/qvRD7m>

¹⁵² *Idem*: GERVAIS, 2013, Ob.cit. P. 394 e ss.

Na UE, o TJUE começou por defender que a posição dominante das EGC seria a única forma de gerir eficazmente os direitos, pelo que, durante algum tempo, a opção dos autores/artistas era binária na UE, ou submetiam todos os direitos à gestão coletiva, ou ficavam fora dessa representação.¹⁵³

Desde então a concorrência foi fomentada entre as EGC no mercado para reduzir as tarifas das licenças, ampliando a oferta, visto que as EGC, não poucas vezes, abusavam da sua posição dominante para condicionarem de várias formas o licenciamento de reportórios nos mercados.¹⁵⁴

A recomendação 98/560/CE sobre os serviços em linha audiovisuais e da informação tentou acabar com as limitações provenientes do princípio da territorialidade, ao permitir às EGC concorrer em mercado livre.¹⁵⁵ Apesar de ter sido pensada para simplificar o desenvolvimento do mercado, abrindo portas às novas ESPI, esta recomendação não produziu grandes efeitos práticos,¹⁵⁶ à exceção de ter fomentado o aparecimento de *Joint Ventures*, como o CELAS,¹⁵⁷ instalando em definitivo os oligopólios.¹⁵⁸

A mudança de paradigma sobre a gestão obrigatória dos DCDP na UE deu-se curiosamente com o caso *Daft Punk*,¹⁵⁹ onde o duo de autores/artistas/produtores decidiu retirar a gestão de um dos seus direitos patrimoniais, sobre conteúdos digitais, da alçada da SACEM.¹⁶⁰

É com este caso que a Comissão reconsidera a exceção da gestão obrigatória para os direitos *online*¹⁶¹, embora tenha imposto requisitos cumulativos de admissibilidade para a partição dos direitos, por forma a que o exercício da liberdade de exploração dos autores/artistas não pusesse em causa a segurança jurídica e a eficácia da gestão feita pelas EGC.¹⁶²

Mais tarde, após a decisão *IFPI Simulcasting*¹⁶³, os regimes de licença adaptaram-se ao mundo digital, permitindo aos usos digitais serem multiterritoriais¹⁶⁴. Em 2005, uma nova recomendação influenciaria negativamente o equilíbrio atingido, ao procurar fazer a gestão coletiva abranger os usos digitais em todo o mercado da UE, tornando novamente complicado o exercício pelos autores/artistas, de forma autónoma, dos seus direitos de exclusivo.

¹⁵³ O que começou a ser modificado com o princípio de não discriminação, no Ac. SVL C7/82.

¹⁵⁴ Ac. *Tournier* C395/87 PP 3, e *Lucazeau vs SABAM*, C110/88, C241/88, C242/88.

¹⁵⁵ Sobre estas matérias, *Vide*: DREXL, Josef, "Collecting Societies and Competition Law," (Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, te consulteren op <http://193.174>, 2007).;

¹⁵⁶ *Idem*: KUR, PLANCK, and DREIER, 2013, *Ob. cit.* P. 276 a 278.

¹⁵⁷ *Vide*: <http://www.celas.eu>

¹⁵⁸ No mesmo sentido, *Vide*: ASCENSÃO, José de Oliveira, "Propriedade Intelectual E Internet," *Direito da sociedade da informação* 62003.; P.159 e ss.

¹⁵⁹ Cujo nome deram também ao caso contra a SACEM, *Vide*: COMP/C2/37.219 Banghalter / Homem Christo V. SACEM, Jan 2010, Pp. 10 e 12.

¹⁶⁰ A SACEM não permitia administrar individualmente os DCDP e de distribuição digital pois entendia que a gestão coletiva não podia estar sujeita a *cherry picking* por questões de segurança jurídica e eficácia de gestão.

¹⁶¹ Mais tarde defendida na comunicação de 2004, GERVAIS, 2010, *Ob. cit.* 154 e ss.

¹⁶² *Ibidem*: P. 141 e ss.

¹⁶³ *Vide*: COMP/C2/38.014.

¹⁶⁴ *Idem*: HILTY and NÉRISSON, 2013, *Ob.cit.* P. 6 e ss.; GERVAIS, 2010, *Ob. cit.* , P. 145 e ss.

Os resultados trouxeram a ascensão das grandes EGC, insegurança jurídica e, pior ainda, a redução do espaço de criatividade dos utilizadores, que agora poderiam estar a violar Direitos de Autor, sem saber.¹⁶⁵ No sentido de dar mais garantias de que os autores/artistas intérpretes e executantes teriam uma palavra a dizer na gestão dos seus direitos, foi emitida em 2014 uma nova diretiva¹⁶⁶, pugnando pela transparência de funcionamento das EGC, que na última década viram a sua credibilidade abalada junto dos autores e utilizadores.¹⁶⁷ Nela estabeleceram-se novas regras para simplificar o processo de licenciamento multiterritorial dos Direitos de Autor *online*, geridos pelas EGC, procurando mitigar as práticas de mercado prejudiciais para os autores/artistas e utilizadores UE.

Apesar da boa intenção da UE em permitir fomentar um mercado concorrencial, permitindo retirar daí benefícios para os utilizadores, tememos que a Diretiva 28/2014 possa levantar sérios problemas de direito da concorrência no mercado de licenças da UE.¹⁶⁸

Ao promover a livre representação no espaço europeu, tornar-se-ão as grandes EGC a opção dos autores/artistas e produtores, por praticarem as melhores condições de mercado e por licenciarem os seus reportórios às EPSI mais apetecíveis e de maior influência.

A médio prazo os EM mais pequenos poderão assistir a um êxodo dos seus fenómenos culturais, com a natural procura de serviços mais eficazes, a preços reduzidos, promovendo as desigualdades em termos culturais, bem como a extinção das EGC regionais, com impacto negativo para a preservação de fenómenos artísticos de menor dimensão em toda a UE.¹⁶⁹

O futuro do Direito de Autor na UE vislumbra-se complexo¹⁷⁰, se tivermos em conta o número de EM, o papel nuclear que o Parlamento veio a tomar, as discussões em curso no que toca à legitimidade social do Direito de Autor e a ausência de um mandato constitucional, no direito primário da UE, para legislar em sede *jus auctorale*.¹⁷¹

É, no entanto, objetivo da comissão incentivar a criatividade e a inovação¹⁷², tendo hoje em vista

¹⁶⁵ Vide: HILTY and NÉRISSON, 2013, *Ob.cit.* P. 9 e ss.

¹⁶⁶ Vide: Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa à gestão coletiva dos Direitos de Autor e Direitos Conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno, transposta já para o ordenamento português pela Lei 26/2015.

¹⁶⁷ Para uma análise sobre as novidades nesta matéria, Vide: VICENTE, 2015, *Ob. cit.* P. 23 a 38.

¹⁶⁸ Vide: DREXL, Josef, "Collective Management of Copyrights and the Eu Principle of Free Movement of Services after the Osa Judgment—in Favour of a More Balance Approach," in *Varieties of European Economic Law and Regulation* (Springer, 2014).

¹⁶⁹ Vide: O. Ascensão, AA.VV, *Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor José Lebre De Freitas*, 1ª ed., vol. I: Coimbra Editora, Julho 2013. P.323 a 326.

¹⁷⁰ Vide: VAN ECHOUD, Mireille MM, *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, vol. 19: Kluwer Law International, 2009. P. 307 a 324.

¹⁷¹ *Idem*: AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 378.

¹⁷² Sobre a iniciativa de longo prazo, Vide: VAN ECHOUD, 2009, *Ob. cit.*, 19. P. 10 e ss, e 316 a 325.

encontrar uma solução para os entraves do velho princípio da territorialidade,¹⁷³ por forma a dar um espaço regulamentado e estável de circulação aos bens digitais no mercado da UE.

Para 2016 está também prevista uma nova diretiva¹⁷⁴, onde se visa reforçar regras de neutralidade da rede, implementando medidas que, entre outras, responsabilizarão as ISP por eventuais práticas desconformes à liberdade e igualdade de utilização da rede, reduzindo custos para os utilizadores e equilibrando o tráfego do mercado digital.¹⁷⁵

Mas foquemo-nos agora no ordenamento jurídico nacional, onde a forma como se protegem os DCDP de autores/artistas intérpretes e executantes, bem como a sua relação com a gestão coletiva carecem da devida atenção.

¹⁷³ Vide: "COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS" A Digital Single Market Strategy for Europe, SWD (2015) 100 final, P. 6 e 7.

¹⁷⁴ Vide: Telecoms Single Market (TSM) regulation, <http://goo.gl/Dgr10X>

¹⁷⁵ Segundo Barbara van Schewick, esta lei, se aprovada sem as emendas propostas, ao uniformizar o controlo do tráfego poderá prejudicar a prestação de serviços *streaming* por recurso a P2P ou VPN, In: <https://goo.gl/utReme>.

4- O Direito de Colocação à Disposição no CDADC

O CDADC é um instrumento relativamente recente, datando as primeiras leis portuguesas de Direitos de Autor de 1821.¹⁷⁶ A atividade do legislador não tem sido em matéria de Direito de Autor das mais felizes, como começa a ser opinião partilhada na doutrina.¹⁷⁷

A escassa existência de juízos especializados para o tratamento destas matérias e a morosidade dos tribunais também não tem resultado nas melhores práticas, sobretudo sempre que novos atos relacionados com o exercício dos direitos de autor na sociedade da informação tomam lugar.

O DCDP prevê, como já vimos, a possibilidade interativa de acesso *online*, *on demand*, sendo um conceito novo. O legislador português procurou, assim, agir em conformidade com as suas obrigações internacionais, pelo que em 24 de Agosto de 2004, a Lei 50/2004 transpunha os novos conceitos da diretiva Info Soc para o ordenamento jurídico nacional.

Se em certos ordenamentos jurídicos não se alterou a lei¹⁷⁸, considerando o conceito de comunicação ao público abrangente o suficiente para abarcar o conceito, acrescentando-se até, noutros ordenamentos, o DCDP ao elenco dos atos de comunicação ao público,¹⁷⁹ no caso português, o DCDP foi inserido numa norma específica, sendo destacado como um direito único, complexo, autónomo e novo.

O Art.º 68 n.º 1 contém uma alargada formulação para todas as modalidades de exploração, presentes ou futuras, sendo que, o facto do n.º 2 conter a formulação “entre outros” demonstra, desde logo, a mera enumeração exemplificativa fixada na norma pelo legislador.

Foi na alínea (al.) j) do n.º 2 do mesmo artigo¹⁸⁰ que se verteu o DCDP relativo ao autor, enquanto que nos art.º 178 n.º 1 al. d) se previu o DCDP dos artistas intérpretes e executantes e no art.º 183, 183-A, 184 e 187, respetivamente, o DCDP dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão sobre as suas emissões.

¹⁷⁶ *Idem*: AKESTER, 2013, *Ob. cit.* P. 47 e ss.

¹⁷⁷ Como exemplo refira-se o famoso art.º 75º do CDADC que além do ininteligível n.º 1, transpôs uma lista meramente enunciativa do art.º 5º da diretiva Info Soc, transformando-a numa enumeração taxativa de utilizações livres.

¹⁷⁸ Como no caso de Espanha, ou Holanda, onde se optou por considerar abrangido pelo direito de comunicação ao público, *Vide*: CANO et al., 2008, *Ob. cit.* P. 84 e ss.; RODRÍGUEZ-CANO, 2007, *Ob. cit.* P.1471 a 1474 e 1548.

¹⁷⁹ Como em Itália, ou na Alemanha, onde se remete para um direito de exploração imaterial.

¹⁸⁰ Sobre as características *sui generis* deste direito, *Vide*: MELO, Alberto Sá e *Manual De Direito De Autor* Coimbra: Almedina, 2014. P.181 a 188.

4.1- O DCDP dos Autores

Como já foi referido, o CDADC não contém uma separação categórica dos vários Direitos de Autor contendo, portanto, o art.º 68 n.º 1, uma fórmula ampla para todas as modalidades possíveis, presentes ou futuras, de exploração do exclusivo patrimonial do autor.¹⁸¹

No n.º 2 do mesmo artigo, entre as várias formas de exploração exemplificadas, encontramos o DCDP na al. j) redigida de forma detalhada, pelo que é possível inferir, desde logo, pelo destaque autonomizado dado à forma de exploração, qual terá sido a *ratio legis* que permitiu destacar o DCDP como um direito novo.¹⁸² Concordamos com a maioria da doutrina no sentido do destacamento como se de um direito novo se tratasse,¹⁸³ pois apesar de o DCDP aparecer lado a lado com outras formas de exploração, estas são sempre dele distinguíveis.¹⁸⁴ Para outros autores, o destacamento não foi propositado, tendo a transposição da diretiva sido feita *ad verbum*¹⁸⁵, posição com a qual discordamos.

O DCDP e o seu exercício *online* é hoje essencial para os autores/artistas em ascensão.¹⁸⁶ É *online*, no já referido regime de proximidade com o público, que se torna relevante o exercício exclusivo do DCDP, tal qual fora previsto pelos tratados OMPI¹⁸⁷

Não haverá dúvidas de maior em afirmar que para os autores, artistas intérpretes ou executantes, relativamente aos seus direitos conexos, o DCDP dirá respeito a um direito exclusivo de exploração primária da obra, por recurso à faculdade de colocar ou autorizar a colocação, *online*, para consumo *on demand*.¹⁸⁸

No que toca em particular às obras musicais, “(...) *se o autor quer dar a obra à exploração comercial, particularmente se o quiser fazer pela radiodifusão ou pelo audiovisual, o autor terá quase fatalmente de recorrer a outrem para o seu exercício*”, pelo que pode falar-se da existência de uma gestão coletiva necessária.¹⁸⁹

¹⁸¹ Para Luís Pinheiro, um exclusivo do autor, *In: PINHEIRO, Luís de Lima "Algumas Considerações Sobre a Lei Aplicável Ao Direito De Autor Na Internet," Revista da OA, Lisboa, A.74 vol. 1 2014.P. 22 a 25.*; Para Pedro Cordeiro, a disposição “entre outros” presente no n.º 2 tornam o catálogo disposto meramente exemplificativo. *In: VV., 2012, Ob. cit., X. P. 189 e ss.*; Para Victória Rocha, na enumeração do art.º 68 n.º 2, há um destaque claro de algumas formas de exploração. ROCHA, 2015, *Ob.cit.*, P. 8 e ss.

¹⁸² Sobre isto não deixando dúvidas, *Vide: ASCENSÃO, José de Oliveira, Estudos Sobre Direito Da Internet E Da Sociedade Da Informação 2001. P. 112 a 115., LEITÃO, 2012, Ob. cit. P. 136, e 254.; MELO, 2014, Ob. cit. P. 181.*

¹⁸³ Em oposição, defendendo a cópia do art.º 3º da diretiva Info Soc pelo legislador nacional, *Vide: AKESTER, 2013, Ob. cit.*

¹⁸⁴ Por exemplo, veja-se Art.º 178, e alíneas i) m) o) do n.º 2 do art.º 75 do CDADC.

¹⁸⁵ *Vide: AKESTER, 2013, Ob. cit. P. 110 e ss.*

¹⁸⁶ O que as EGC tendem a não permitir, *Vide: HILTY and NÉRISSON, 2013, Ob.cit. P. 1 a 3.*

¹⁸⁷ Fazendo um *release*, exclusivo, gratuito, em *streaming* como se de um presente se tratasse, dando até a possibilidade de realizar uma cópia autorizada aos fãs, *Vide: CANO et al., 2008, Ob. cit. P. 88 e 90.*

¹⁸⁸ “Inclusive é usual que a colocação à disposição, o “*release*”, por exemplo, na área musical,(...) se efetue primeiro na internet, por vezes temporariamente, em regime de livre acesso para promoção e para atrair o comprador potencial.(...)” *Idem: ROCHA, 2015, Ob.cit. P. 10 e ss.*

¹⁸⁹ *Idem: AA.VV, Julho 2013, Ob. cit., I. P. 293 e ss.*

Contudo, ela só deverá ser obrigatória nos casos em que, pela natureza da relação em causa, não haja outro modo de aplicar um mesmo regime aos membros da EGC, e aos não membros, para uma mesma relação jurídica.¹⁹⁰

Assim, respeitando o direito de livre associação¹⁹¹ e o direito internacional, ficou ao critério dos autores o poder de ceder, ou não, a exploração do DCDP para esse efeito, bem como a consequente cessão para gestão dos seus direitos patrimoniais a uma terceira entidade.¹⁹² Vejamos agora como se transpôs o DCDP para os artistas, intérpretes e executantes.

4.2- O DCDP dos Artistas, Intérpretes e Executantes e a Gestão Coletiva em Portugal

É no art.º 178 que encontramos o DCDP da prestação, exercida *online* para consumo *on demand*. O direito previsto na al. d) do nº 1 do referido artigo consagra ele também um direito novo, complexo, patrimonial de exclusivo, de duração limitada, e não um mero direito de remuneração, pelo que pode ser licenciado, onerado, ou transmitido, pelo seu titular originário, ou por terceiro a quem tenha sido cedido.¹⁹³

O art.º 178 nº 1 al d) em conjugação com o nº 2 segunda parte e o nº 4, têm levantado vários e sérios problemas aos artistas intérpretes ou executantes. Estas disposições que se foram mantendo letargicamente no CDADC até que a evolução tratasse de lhes trazer relevância prática, forçam hoje os titulares a abdicar da gestão individual do seu DCDP primário, sendo-lhe consequentemente vedado o direito à remuneração pelos usos da mesma obra. Sobre esta, até direitos morais a lei obriga o titular a abdicar a favor de EGC.¹⁹⁴

Tornou-se numa disposição normativa tóxica, sistematicamente incongruente para os interesses dos artistas intérpretes e executantes, na medida em que lhes retira o DCDP, bem como o direito à remuneração devida por usos primários ou secundários posteriores, submetendo à gestão coletiva obrigatória quaisquer atos praticáveis ao abrigo deste direito.¹⁹⁵ As disposições do art.º 178 nº 1 al d) e nº 2 e 4 entram em rota de colisão com diversos direitos e normas nacionais e internacionais.

¹⁹⁰ “Mas o recurso a esta gestão ultrapassa muito os casos de gestão coletiva forçosa. Pode não haver este constrangimento e o titular, voluntariamente, entregar a obra ou prestação ao cuidado de uma entidade de gestão.” *Ibidem*: P. 294.

¹⁹¹ *Vide*: Art.º 46 nº 1 e 3 da CRP

¹⁹² Sobre a gestão nos mercados multimédia e as limitações da doutrina, *Vide*: ROCHA, 1996, *Ob.cit.* P11.1.2.

¹⁹³ 2015, *Ob.cit.* P. 10 e ss.

¹⁹⁴ *Vide*: GERVAIS, 2010, *Ob. cit.* P. 35 a 59.

¹⁹⁵ Sobre o inédito consenso com a GDA que originou a disposição, *Vide*: ROCHA, Manuel Lopes, *Guia Da Lei Do Direito De Autor Na Sociedade Da Informação: Lei 50/2004, De 24 De Agosto: Anotada E Comentada*: Centro Atlântico, 2005. P. 53 a 55.

Submeter hoje o DCDP primário à gestão coletiva obrigatória é, desde logo, quanto a nós uma opção errada, exceto para casos de utilizações secundárias previstas no art.º 178 n.º 3.¹⁹⁶

O papel atribuído às EGC deve prender-se única e exclusivamente com a questão da remuneração dos artistas/intérpretes e nunca com o exercício da totalidade dos direitos exclusivos destes, como o faz entre nós o art.º 178 n.º 4.

Facilmente se percebe que o legislador Português foi longe demais nesta matéria e que em nada contribuiu para salvaguardar este exclusivo, nem para acabar com os abusos muitas vezes praticados pelas EGC sobre os autores/artistas.

Esta opção legal esvazia, em contradição interna,¹⁹⁷ o DCDP dos autores/artistas intérpretes e executantes, impedindo-lhes o exercício da sua liberdade de representação por alguma EGC, ficando coarctados da possibilidade de optar por regimes de licenciamento livres ou até de licenças *creative commons*.¹⁹⁸

O art.º 178 n.º 4 retira ao titular até direitos morais sobre o DCDP ao atribuir a faculdade de fazer o primeiro *upload*, em contradição com os art.º 180 e 182, à EGC que o represente. Isto não só é inconstitucional,¹⁹⁹ por colidir com diversas liberdade fundamentais,²⁰⁰ como vai, como já foi referido, contra o direito da UE e o direito consagrado nos Tratados OMPI da internet.

Outro problema surge ao nível sistemático desde a transposição da Diretiva 77/2011 com o art.º 183-A do CDADC. A redação do n.º 4 impede a cedência do DCDP ao produtor e obriga, este último, ao pagamento da remuneração devida pela exploração do direito, não ao autor/artista, mas à EGC que o representa, contra a sua vontade.

A expropriação do DCDP do titular, remetendo-o a uma mera remuneração, deixa os pequenos autores/artistas no esquecimento, o que se tem procurado impedir a nível da UE.

Novos problemas surgirão se esta norma se mantiver em vigor, também no que diz respeito às licenças plurilocalizadas, pois vislumbra-se difícil, no atual mercado digital, a submissão do autor/artista e até das produtoras, nacionais ou internacionais, aos desígnios da GDA para o exercício do seu DCDP, quando, estes têm hoje ao dispor uma panóplia infindável de opções de representação com mais autoridade, a menor custo, e mais eficientes no mercado *online*.

¹⁹⁶ O. Ascensão sobre a presença da gestão forçada no ordenamento português, *Vide*: AA.VV, Julho 2013, *Ob. cit.*, I. P.295 a 300.

¹⁹⁷ “Expropriando-se com o exercício do DCDP os direitos morais de paternidade, integridade ou genuinidade.”, sobrepondo direitos patrimoniais aos direitos morais, *Vide*: Rocha, ROCHA, 2015, *Ob.cit.* P. 11 e ss.

¹⁹⁸ Neste sentido referindo a ineficácia dos meios de reação à disposição dos possíveis lesados, e defendendo a revogação do art.º178, *ibidem*: P. 17 a 21.

¹⁹⁹ Violando direitos, liberdades e garantias previstos nos art.º 17º, 42º e até 46º da CRP, *Vide*: CANOTILHO, 2007, *Ob. cit.*, I. P. 17, 452 a 455, e 467 a 471. ASCENSÃO, 2001, *Ob. cit.* P. 50 a 64 e 150.

²⁰⁰ Sendo que na UE só Portugal, a par da Suécia, consagram o Direito de Autor como um Direito Fundamental, *Vide*: GOLDSTEIN, 2012, *Ob. cit.* P. 23 e ss.

Dada a desconformidade com as mais variadas formas de exploração do DCDP dos artistas intérpretes e executantes, com disposições internacionais, europeias e constitucionais, cremos que o art.º178 deveria sofrer uma alteração para que resulte claro e em definitivo, a favor do autor/artista um direito que, pelos mais variados motivos, é seu em exclusivo e que no MDUE deve indubitavelmente pertencer-lhe.

5- Conclusões: Um Passado Recente e Um Futuro próximo

Em jeito de conclusão cabe-nos referir que é hoje notória a marca da evolução tecnológica nos Direitos de Autor, tendo os Direitos Conexos, fruto das restrições e exclusivos que permitem negociar acessos a obras *online*, ganho renovada importância.

As respostas amplas dadas nos tratados OMPI para abarcar o DCDP têm sido restringidas pela implementação nacional até ao presente, apesar do esforço de harmonização que a UE tem vindo a realizar, consagrando os vários direitos morais mas também patrimoniais aos vários sujeitos *jus* autorais, de forma mais homogénea.

As EGC criadas para assegurar os Direitos Conexos dos intermediários dos autores, geraram um modelo de negócio forjado no princípio da territorialidade, que ainda hoje subsiste pelas necessidades de licenciamento e proteção de repertórios, entre as mais variadas empresas de audiovisual mundiais.

No caso da indústria musical, editoras e promotoras discográficas perdem hoje influência para as novas EPSI, que com a sua rápida expansão e proximidade do público, fruto das novas formas de transmissão, visam ameaçar os monopólios ancorados no funcionamento dos sistemas de gestão coletiva.

As condições favoráveis de mercado que as ISP e as EPSI têm para providenciar serviços *online*, fazem nascer todos os dias novas EPSI baseadas na divulgação de obras, por exercício do DCDP, de que são exemplo o *Spotify*, a *Apple Music*, ou entre nós, talvez por auxílio legal, a *MEO Music* ou a *NOS Discos*.

Em alternativa, crescem também os serviços de *hosting* como o *Youtube*, ou o *Soundcloud*, que estão hoje na mira das grandes editoras e outros EPSI, pela concorrência desleal que o “*safe harbour*” dos critérios cumulativos de responsabilidade, estabelecidos na diretiva 2000/31, lhes permite praticar.

A posição dominante das EGC tem trazido também vários problemas às liberdades do mercado que a UE tem tentado articular numa solução favorável aos consumidores.

A pressão que as EPSI exercem no mercado, tem feito com que as EGC se afirmem ainda mais, reduzindo substancialmente, com base em argumentos de segurança jurídica, a margem de liberdade dos utilizadores no ambiente digital, através da simples promoção da oferta gratuita de conteúdos, cuja receita se gera da publicidade, tornando-se estes a “*go to option*” face a bloqueios draconianos de outros sites.

Isto traz sérios riscos para a pequena e média produção cultural na UE, pelo que a falta de poder negocial que os autores/artistas têm hoje perante as EGC e certas EPSI levam a uma indevida sobre-exploração das suas faculdades, racionando e despromovendo a inovação artística nos EM.

Mercados como o português serão disso exemplo onde, com a nova lei 26/2015, à exceção de um regime de maior transparência, funcionamento e dos novos regimes de licença multiterritorial para o mercado da UE, não aparenta acautelar cabalmente interesses, quer particulares, quer públicos, dos vários sujeitos abrangidos pelas atividades de gestão.

Acreditamos que seria também útil dar uma maior inclusão às ISP na resolução dos problemas atuais do mercado, bem como uma melhor delimitação e definição dos novos direitos *online*, o que passaria por uma (im)provável revisão de certas prerrogativas da diretiva Info Soc, ou mesmo pela emissão de novas diretivas, como a que está prevista para 2016 sobre a neutralidade da rede na UE, procurando solucionar os problemas deixados pela diretiva 2000/31.

Sobre o DCDP no CDADC, acreditamos que as disposições relativas aos artistas intérpretes ou executantes necessitam de uma solução renovada e conforme ao direito internacional, ao direito da UE e à constituição.

De acordo com a definição de DCDP, *online, on demand*, pensamos não ser admissível que se expropriem os autores/artistas, não só de um direito em usos primários de colocação à disposição, fundamental hoje para a sua promoção junto do público, muito menos ainda, que se legitimem atos de cobrança a favor de uma EGC, à qual estes não estão hoje obrigados a mandar para os representar.

Concluimos, portanto, que será uma questão de tempo até a disposição que restringe o DCDP *online* à gestão coletiva nacional obrigatória, seja levada ao TJUE, não provavelmente pelos maiores lesados a nível nacional, os autores/artistas, mas pelas EGC de outros EM, invocando que a existência de uma disposição como a do art.º 178 do CDADC constitui um entrave ao modelo de concorrência que se pretende livre para usos *Online* no MDUE.

A art.º 178 n.º 2 e 4 que permite às EGC nacionais expropriar quem de direito, poderá sucumbir perante o costume dos vários atores no mercado internacional musical *online*.

6- Bibliografia

- AA.VV. *Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor José Lebre De Freitas*. 1^a ed. Vol. I: Coimbra Editora, Julho 2013.
- AKESTER, Patrícia. *Direito De Autor Em Portugal, Nos Palop, Na União Europeia E Nos Tratados Internacionais*. Almedina, 2013.
- ALVES, Valter da Silva. *O Crime De Usurpação De Direitos De Autor E Direitos Conexos*. Almedina, 2014.
- AREZZO, Emanuela. "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union–What Future for the Internet after Svensson?". *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law* 45, no. 5 (2014): 524-55.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil, Direito De Autor E Direitos Conexos*. 1^a ed.: Coimbra Editora, 2012.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos Sobre Direito Da Internet E Da Sociedade Da Informação*. 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. "Propriedade Intelectual E Internet." *Direito da sociedade da informação* 6 (2003): 145-236.
- BENTLY, Lionel, and Brad SHERMAN. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2014.
- BROWN, Ian. "Internet Self-Regulation and Fundamental Rights." *Index on Censorship* 1 (2010).
- CANO, Rodrigo Bercovitz Rodríguez, Ramón Casas VALLÉS, José Carlos Erdozaín LÓPEZ, and Carmen Pérez DE ONTIVEROS BAQUERO. *La Obra Audiovisual En La Reforma De La Ley De Propiedad Intelectual*. Thomson Aranzadi, 2008.
- CANOTILHO, JJ. *Gomes; Vital Moreira*. *Constituição Da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1: Coimbra Editora, 2007.
- CARDOSO, Gustavo; MENDONÇA, Sandro et al "A Internet Em Portugal – Sociedade Em Rede ", (2014).
- COOK, Trevor. "The Restricted Act of Making Available and Communication to the Public in the European Union." *Journal of Intellectual Property Rights* 20, no. 1 (2015): 60-66.
- CORNISH, William, Gordon Ionwy David LLEWELYN, and Tanya APLIN. "Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks & Allied Rights." (2013).
- CRAIG, Paul, and Gráinne DE BÚRCA. *Eu Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford University Press, 2011.
- DE ALMEIDA, Carlos Ferreira, Luís M Couto GONÇALVES, and Cláudia TRABUCO. *Contratos De Direito De Autor E De Direito Industrial*. Almedina, 2011.

- DE BEER, Jeremy, and Mira BURRI. "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available Via Hyperlinks in the European Union and Canada." *European intellectual property review*, no. 2 (2014): 95-105.
- DREXL, Josef. "Collecting Societies and Competition Law." Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, te consulteren op <http://193.174>, 2007.
- DREXL, Josef. "Collective Management of Copyrights and the Eu Principle of Free Movement of Services after the Osa Judgment—in Favour of a More Balance Approach." In *Varieties of European Economic Law and Regulation*, 459-87: Springer, 2014.
- FICSOR, Mihály. *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Vol. 855: WIPO, 2002.
- FICSOR, Mihály. *Law of Copyright and the Internet: The Wipo Treaties and Their Implementation*. Oxford University Press, 2001.
- FICSOR, Mihály. "Svensson: Honest Attempt at Establishing Due Balance Concerning the Use of Hyperlinks – Spoiled by the Erroneous “New Public” Theory." (2014).
- GERVAIS, Daniel J. *Collective Management of Copyright and Related Rights*. Kluwer Law International, 2010.
- GERVAIS, Daniel J. "The Internet Taxi: Collective Management of Copyright and the Making Available Right, after the Pentalogy." (2013).
- GERVAIS, Daniel J. "Keynote: The Landscape of Collective Management Schemes." *Colum. JL & Arts* 34 (2010): 591.
- GINSBURG, Jane C. "Berne without Borders: Geographic Indiscretion and Digital Communications (Stephen Stewart Memorial Lecture, Intellectual Property Institute London Uk, Oct. 29, 2001)." *Columbia Law School, Pub Law Research Paper*, no. 01-30 (2001).
- GINSBURG, Jane C. "Letter from the Us: Exclusive Rights, Exceptions, and Uncertain Compliance with International Norms--Part I (Making Available Right)." *Revue Internationale du Droit D'Auteur (RIDA)* (2014).
- GINSBURG, Jane C. "The (New?) Right of Making Available to the Public." *INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW MILLENNIUM, ESSAYS IN HONOUR OF WILLIAM R. CORNISH*, David Vaver, Lionel Bently, eds (2004): 234-47.
- GOLDSTEIN, P, HUGENHOLTZ, B. *International Copyright: Principles, Law, and Practice*. 3rd Edition ed.: Oxford University Press, 2012.
- HILTY, Reto, and Sylvie NÉRISSON. "Collective Copyright Management and Digitization: The European Experience." *Forthcoming in: Handbook of the Digital Creative Economy/Ruth Towse and Christian Handke (eds.)*, Cheltenham: Edward Elgar (2013): 13-09.

- HORSFIELD-Bradbury, John. "Making Available as Distribution: File-Sharing and the Copyright Act." *Harv. JL & Tech.* 22 (2008): 273.
- KUR, Annette, Max PLANCK, and Thomas DREIER. *European Intellectual Property Law: Text, Cases and Materials*. Edward Elgar Publishing, 2013.
- LAMBRECHT, Anja, Avi Goldfarb, Alessandro Bonatti, Anindya Ghose, Daniel G Goldstein, Randall Lewis, Anita Rao, Navdeep Sahni, and Song Yao. "How Do Firms Make Money Selling Digital Goods Online?". *Marketing Letters* 25, no. 3 (2014): 331-41.
- LEITÃO, Luis de Menezes. *Direito De Autor*. Almedina, 2012.
- LEWINSKI, Silke von, RICKESTON, Sam, GINSBURG, Jane. *International Copyright and Neighbouring Rights-the Berne Convention and Beyond*. New york: Oxford University Press, 2008.
- MASOUYÉ, Claude. "Guia Da Convenção De Berna Relativa À Protecção Das Obras Literárias E Artísticas." Tradução de Antônio Maria Pereira. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), 1980.
- MAY, Christopher. "The Pre-History and Establishment of the Wipo." *The WIPO Journal* 1, no. 1 (2009): 16-26.
- MCDONAGH, Luke. "Rearranging the Roles of the Performer and the Composer in the Music Industry—the Potential Significance of Fisher V. Brooker." *Intellectual Property Quarterly* 1 (2012): 64-76.
- MELO, Alberto Sá e *Manual De Direito De Autor*. Coimbra: Almedina, 2014.
- MEZEI, Peter. "The Role of Technology and Consumers' Needs in the Evolution of Copyright Law—from Gutenberg to the Filesharers." *Geistiges Eigentum und Urheberrecht aus der historischen Perspektive, Lectiones Iuridicae* 10 (2013): 71-79.
- PAIS, Sofia Oliveira. *Princípios Fundamentais De Direito Da União Europeia-Uma Abordagem Jurisprudencial*. Leya, 2013.
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos De Autor E Liberdade De Informação*. Almedina, 2008.
- PILA, Justine, and Ansgar OHLY. *The Europeanization of Intellectual Property Law: Towards a European Legal Methodology*. Oxford University Press, 2014.
- PINHEIRO, Luís de Lima "Algumas Considerações Sobre a Lei Aplicável Ao Direito De Autor Na Internet." *Revista da OA, Lisboa, A.74* vol. 1 (2014).
- ROCHA, Manuel Lopes. *Guia Da Lei Do Direito De Autor Na Sociedade Da Informação: Lei 50/2004, De 24 De Agosto: Anotada E Comentada*. Centro Atlântico, 2005.

- ROCHA, Maria Victória. "Contributos Para Delimitação Da "Originalidade" Como Requisito De Protecção Da Obra Pelo Direito De Autor." (2008).
- ROCHA, Maria Victória. "Multimédia E Direito De Autor: Alguns Problemas." *Actas de Derecho Industrial Y Derecho de Autor* (1996): pp. 175-218.
- ROCHA, Maria Victória. "O Direito De Colocação À Disposição Dos Artistas Intérpretes Ou Executantes No Código De Direito De Autor E Direitos Conexos(Cdad): Questões Suscitadas Pelo Nº 4 Do Artº 178º." *Revista eletrónica de Direito, Cije.*, no. 2 (2015).
- RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz et. al. . *Comentarios a La Ley De Propiedad Intelectual*. 2007.
- SILVA, Jorge Guimarães "A Rádio Em Datas No Mundo." <http://telefoniano.sapo.pt/datesworld.htm>.
- SOUSA E SILVA, Nuno. "Uma Introdução Ao Direito De Autor Europeu (Eu Copyright Law-an Introduction)." *Revista da Ordem dos Advogados*,[2013] pp (2014): 1331-87.
- SUNDARA RAJAN, Mira T. "Moral Rights and Forgery: Can Europe Show the Way?". *ORIGINAL UND FALSCHUNG, SCHRIFTENREIHE DES LUDWIG BOLTZMANN INSTITUTES FUR EUROPARECHT* 15 (2007): 71-96.
- TAMURA, Yoshiyuki. "Rethinking Copyright Institution for the Digital Age." *WIPO Journal: Analysis and Debate of Intellectual Property Issues* 1 (2009): 63-74.
- VAN ECHOUD, Mireille MM. *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*. Vol. 19: Kluwer Law International, 2009.
- VICENTE, Dário Moura... [et al.] Coord. *Estudos De Direito Intelectual Em Homenagem Ao Prof. Doutor José De Oliveira Ascensão : 50 Anos De Vida Universitária*. Almedina, 2015.
- VV., (Associação Portuguesa de Direito Intelectual) AA. *Direito Da Sociedade Da Informação E Direito De Autor*. Vol. X: Coimbra Editora, 2012.
- WARNKE, Martin, and Maria C CESCATO. *Artista Da Corte: Os Antecedentes Dos Artistas Modernos*. Edusp, 2001.
- ZITTRAIN, Jonathan L. "The Generative Internet." *Harvard Law Review* (2006): 1974-2040.